أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

عيون الأدلة

في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار

تأليف
ابن القصار المالكي
القاضي أبي الحسن علي بن عمر البغدادي
(٣٩٧هـ)

تحقيق
د. أحمد بن عبد السلام مغراوي
أستاذ الفقه وأصوله بجامعة ابن الطفيل - القنيطرة - المغرب

الجزء الخامس

عيون الأدلة

فِي مَسَائِلِ الخِلَافِ بَيْنَ فُقَهَاءِ الأَمْصَارِ

الطَّبْعَة الثَّانِيَة
١٤٤٣هـ - ٢٠٢٢م

أَسْفَار
لِنَشْرِ نَفِيسِ الكُتُبِ وَالرَّسَائِلِ العِلْمِيَّةِ
دَوْلَةُ الكُوَيْت
E-mail: s.faar16@gmail.com
Twitter: @sfaar16

الإمام الذهبي

مكتبة الإمام الذهبي للنشر والتوزيع

الفرع الرئيسي: حولي - شارع المثني - مجمع البدري - ت: ٢٢٦٥٧٨٠٦
فرع المصاحف : ت ٢٢٦١٥٠٤٦ - فرع الجهراء: الناصر مول: تلفون: ٩٥٥٥٨٦٠٨
فرع الفحيحيل: البرج الأخضر - شارع الدبوس - تلفون: ٢٥٤٥٦٠٦٩ - ٩٥٥٥٨٦٠٧
فرع الرياض: المملكة العربية السعودية التراث الذهبي - جوال ٥٥٧٧٦٥١٣٨ ٠٠٩٦٦
الخط الساخن: جوال: ٩٤٤٠٥٥٥٩ ٠٠٩٦٥
z.zahby74@yahoo.com imamzahby

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

عيون الأدلة

في مسائل الخلاف بين فقهاء الأمصار

تأليف

ابن القصار المالكي
القاضي أبي الحسن علي بن عمر البغدادي
(٣٩٧هـ)

تحقيق

د. أحمد بن عبد السلام مغراوي
أستاذ الفقه وأصوله بجامعة ابن الطفيل - القنيطرة - المغرب

الجزء الخامس

بسم الله الرحمن الرحيم

[كتاب الجهاد]

كتاب الجهاد[1]

مَسْأَلَة[2] (١):

لا يستحق القاتلُ سلبَ[3] قتيله من الكفار إلا أن يرى الإمام ذلك بحضرة القتال، فينادي به، أو يجعله مخصوصا لإنسان إذا كان ذلك جهده[4].

وبه قال أبو حنيفة[5].

وقال الشافعي: يستحق ما يقع عليه اسم سلب من دابته وسلاحه وثيابه،

---

(١) الجهاد مأخوذ من الجهد الذي هو التعب، ثم اشتهر في الشرع بنعت خاص، كما اتفق في الصلاة والصيام وغيرهما، وهو من العبادات العظيمة.. ولما له من الفضيلة العظيمة يرجَّح اختيار مالك وأصحابه في جعله في المصنفات مع العبادات، والشافعية يجعلونه مع الجنايات لأنه عقوبة على الكفر، فهم يلاحظون المفعول به، ونحن نلاحظ الفاعل، وتعلق الفعل بفاعله أشد من تعلقه بمفعوله. أفاده القرافي في الذخيرة (٣/٣٧٣)
وقال ابن عرفة: «الجهاد قتال مسلم كافرا غير ذي عهد، لإعلاء كلمة الله، أو حضوره له، أو دخول أرضه». شرح حدود ابن عرفة (١/٢٢٠ ـ ٢٢٣).

(٢) في عيون المجالس مسألة تسبق هذه المسألة، وتتعلق بحكم الجهاد.

(٣) السَّلَب في اللغة: الاختلاس، وفي الاصطلاح: «هو ما يأخذه القِرنين في الحرب من قِرنه مما يكون عليه ومعه من سلاح وثياب ودابة وغيرها، وهو فعَل بمعنى مفعول، أي مسلوب». النهاية (٤٣٧) القاموس المحيط (١/١٠٦ ـ ١٠٧).

(٤) انظر الكافي (٢١٥) الإشراف (٤/٤٣١ ـ ٤٣٣) التلقين (٩١) بداية المجتهد (٣/٤٧٣ ـ ٤٧٧) الذخيرة (٣/٤٢١ ـ ٤٢٣).

(٥) بدائع الصنائع (٩/٤٥٩ ـ ٤٦٥) الهداية مع شرح فتح القدير (٥/٥٠٠ ـ ٥٠٥) حاشية ابن عابدين (٦/١٧٧ ـ ١٩٦).

ينفرد به ويأخذه من رأس الغنيمة[1]، سواء قتله مقبلا أو مدبرا بعد أن تكون الحرب قائمة[2].

[والمعروف للشافعي: أن القاتل لا يستحق السلب إلا إذا قتله مقبلا][3].

والدليل لقولنا قوله تعالى ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾[4].

فأضاف الغنيمة إلى الغانمين بقوله: ﴿غَنِمۡتُم﴾، ثم أخرج من الجملة الخمس لمن ذكره، وهذا خطاب لجماعتهم، وكل واحد منهم، فعم الغنيمة ولم يخص منها سلبا من غيره، فخمس الجميع لله ورسوله، وأربعة أخماس للغانمين بظاهر الآية وعمومها إلا أن تقوم دلالة.

---

(١) «الغنيمة والغنم والمغنم والغنائم: ما أصيب من أموال أهل الحرب وأوجف عليه المسلمون بالخيل والركاب». النهاية (٦٧٠).

(٢) وهو مذهب أحمد ﷺ، وروي عنه مثل مذهب أبي حنيفة واختاره أبو بكر. انظر المغني (١٢/٥٧٥ ـ ٥٧٧).

وذهب ابن حزم إلى مذهب الشافعي، لكن من غير شرط كونه في القتال. انظر المحلى (٥/٣٩٩ ـ ٤٠٦).

تنبيه: عزا النووي في شرح مسلم (١٢/٤٩) إلى الإمام مالك القول بقول الشافعي، وعزا إليه أيضا القول بمذهب أبي حنيفة، والظاهر أنه خطأ مطبعي، وإلا فهو وهم، أو سبق قلم. والله أعلم.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس، وهو المنقول أيضا عن الشافعي، وهو نص كلامه في الأم (٥/٣٠٧) وهو الذي حكاه عنه أهل مذهبه كالمزني والماوردي وابن المنذر، وما حكاه المصنف أولا عنه هو ما رواه العراقيون عن الشافعي، حكاه النووي في الروضة (٦/٣٧٣)، وهو ظاهر اختيار ابن المنذر في الأوسط (٦/١١٩ ـ ١٢٥) وانظر أيضا الحاوي الكبير (٧/٣٩٣ ـ ٣٩٩).

(٤) سورة الأنفال، الآية (٤١).

وأيضا قوله تعالى: ﴿فَكُلُوا۟ مِمَّا غَنِمْتُمْ حَلَٰلًا طَيِّبًا﴾[١].

والسلب مما غنموه وإن كان الواحد منهم اختص بأخذه، [ألا ترى أن الذي لم يَقتل إذا غنم معهم شيئا؛ كان بينهم، فكل واحد منهم يأكل مما غنمه صاحبه؛ لأنهم يتعاونون عليه جميعا، فالكل لهم (١) [ ][٢]

ويدل على ذلك ما رواه أنس بن مالك «أن البراء بن [مالك][٣] لما غزا الزارة[٤]؛ خرج دُِهقان[٥] الزارة فقال: رجل ورجل، فبرز إليه البراء، فاختلفا بسيفيهما، ثم اعتنقا فتوركه البراء، فقعد على كبده، ثم أخذ السيف فذبحه، وأخذ سلاحه ومنطقته[٦]، وأتى به عمر بن الخطاب رضي الله عنه فنفله السلاح، وقوَّم المنطقة بثلاثين ألفا، فخمسها وقال: إنه مال»[٧].

فمنه دليلان:

---

(١) سورة الأنفال، الآية (٦٩).

(٢) طمس بمقدار سطر.

(٣) في الأصل، البراء بن عازب، وهو خطأ، والصواب: البراء بن مالك، كما في التخريج.

(٤) الزارة بلفظ المرة من الزار، قرية كبيرة بالبحرين، فتحت سنة (١٢هـ) في أيام أبي بكر الصديق. انظر معجم البلدان (٣/١٢٦).
وفي النهاية (٣٩٣): «وفي قصة فتح العراق: وذكر مرزبان الزارة: هي الأجمة، سميت بها لزئير الأسد فيها، والمُرزبان الرئيس المقدم، وأهل اللغة يضمون ميمه».
تنبيه: وقع في الأوسط (٦/١١٠): «الدارة» وهو تصحيف.

(٥) الدهقان بالكسر والضم رئيس الإقليم، معرب، جمعه دهاقنة ودهاقين. القاموس المحيط (٤/٢٥٤).

(٦) في النهاية (٩٢٤): «المِنْطق: النطاق، وجمعه مناطق، وهو أن تلبس المرأة ثوبها ثم تشد وسطها بشيء وترفع وسط ثوبها، وترسله على الأسفل عند معاناة الأشغال لئلا تعثر في ذيلها».

(٧) أخرجه البيهقي (٦/٥٠٦ ـ ٥٠٧) واللفظ له، وعبد الرزاق (٩٤٦٧) وابن أبي شيبة (٣٣٦٣٤) وابن المنذر في الأوسط (٦/١١٠) وابن حزم (٥/٤٠١) وصححه.

أحدهما: أنه لو استحق ذلك ؛ لم يكن بالسلاح أولى منه بالمنطقة.

والدليل الآخر: قول أنس: «فنفله السلاح»، ولو كان يستحقه بالقتل ؛ لم يكن عمر منفلا له، فدل على أنه لا يستحق شيئا منه إلا بأن ينفله الإمام، ويرى رأيه فيه، وهذا كان من عمر - ﷺ - بحضرة الصحابة الذين قد غزوا مع رسول الله ﷺ، ومع أبي بكر رضوان الله عليه، ومحال أن يذهب عليهم أن السلب يستحقه القاتل، والبراء هو الذي قَتل ؛ فلا يقول هؤلاء ولا واحد منهم: إن السلب كله يستحق القاتل، فليس لك أن تحبس بعضه وتنفل بعضه، وليس لك أن تنفل ولا تخمس ؛ فإن الله تعالى ورسوله ﷺ قد جعلا جميع ذلك مستحقا للقاتل.

وقد روي أن حبيب بن مسلمة قتل قتيلا وأخذ سلبه، فأراد أبو عبيدة أن يخمسه، فقال حبيب: لا تحرمني رزقا رزقنيه الله، فإن رسول الله ﷺ جعل السلب للقاتل، فقال له معاذ: مهلا يا حبيب! فإني سمعت رسول الله ﷺ يقول: «إنما للمرء ما طابت به نفس إمامه»[1].

ففي هذا بيان واضح، وذلك أن حبيبا لما قتل القتيل ؛ أخذ السلب، واحتج بأن رسول الله ﷺ جعل ذلك له، فلم يُبطل معاذ قوله إلا بما (٢) [سمعه من رسول الله ﷺ، فدل على أنه ليس][2] كل قاتل يستحقه، وإنما

(١) أخرجه ابن حزم في المحلى (٥/٤٠٤ - ٤٠٥) وقال: «هذا خبر سوء كذب بلا شك، لأنه من رواية عمرو بن واقد وهو منكر الحديث كما قال البخاري وغيره. عن موسى بن يسار وقد تركه يحيى القطان، ثم عن مكحول عن جنادة، ومكحول لم يدرك جنادة». قلت: وأخرجه أيضا الطبراني في الأوسط (٢٣/٧) والبيهقي في المعرفة (٨/٩) وقال: «وهذا منقطع بين مكحول ومن فوقه، وراويه عن مكحول مجهول، ولا حجة في هذا الإسناد».

(٢) طمس بمقدار سطر، والمثبت من السياق.

استحقه قوم جعل النبي ﷺ لهم ذلك بقوله: «من قتل قتيلا فله سلبه»[1]، وحقيقة هذا أنه لمن قد قَتل؛ لأنه فعل ماض، وليس هو لكل من يقتل في المستأنف؛ لأنه لو أراد ذلك؛ لكان يقول: «من قتل قتيلا ومن يقتل قتيلا؛ فله سلبه»، فحقيقة قوله: «من قتل» لما مضى وإن كان قد يراد به المستقبل، إلا أن الحقيقة أنه للماضي، فكأنه ﷺ جعل ذلك لمن حصل منه القتل في ذلك الوقت لرأي رآه، ونستفيد منه أن الإمام إذا أراد ذلك؛ فعله، مع أن معاذا ذكر ما رواه عن النبي ﷺ في وقت التنازع عند استحقاق السلب، فلم ينازعه فيه أحد بعدما ذكره، ولم ينصروا ما قاله حبيب من استعمال ظاهر الحديث.

وأيضا فقد روي أن معاذ بن عفراء ومعاذ بن عمرو قتلا أبا جهل، فأعطى رسول الله سلبه لمعاذ بن عمرو بعد أن تنازعا، فنظر سيفيهما والدم فيهما فقال: «كلاكما قتله»[2].

فلو كان السلب مستحقا بالقتل؛ لكان يجعله بينهما جميعا؛ لأنهما اشتركا

---

(١) أخرجه البخاري (٣١٤١ ـ ٣١٤٢) ومسلم (١٧٥١).

(٢) أخرجه البخاري (٣١٤١) ومسلم (٤٢/١٧٥٢)

تنبيهان: الأول: ورد في البدر المنير (٣٤٢/٧) في هذا الحديث: وقضى رسول الله ﷺ بسلبه لمعاذ بن عمرو ابن الجموح، ومعاذ بن عفراء»، وهو خطأ، وإنما أعطى سلبه لمعاذ بن عمرو فقط.

الثاني: في المسند (٤٤٤/١) ما يوهم أن النبي ﷺ نفل سلبه لابن مسعود، وذلك أنه وجده ـ يعني أبا جهل ـ يوم بدر وقد ضربت رجله وهو صريع، وهو يذب الناس عنه بسيف له، فأخذته فقتلته به، فنفلني سلبه».

لكن هذا الخبر منقطع كما قال ابن الملقن في البدر (٣٤٤/٧) فإن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه عبد الله.

في قتله، فلما خص به أحدهما؛ علم أنه غير مستحق إلا بعطية الإمام[(١)].

وأيضا فقد روي أن عوف بن مالك الأشجعي قال: «خرجت مع زيد بن حارثة فوافقني رجل مَدَدي[(٢)] من أهل اليمن، وما معه إلا سيفه، [فنحر رجل من المسلمين جزورا[(٣)]، فسأله المددي طائفة من جلده، فأعطاه إياه، فاتخذه كهيئة الدرق[(٤)]، ومضينا، فلقينا جموع الروم، وفيهم رجل على فرس له أشقر[(٥)]، عليه سرج مُذْهب[(٦)] وسلاح مُذْهب، فجعل الرومي يُغري[(٧)] بالمسلمين][(٨)]، [فقعد له المددي تحت صخرة][(٩)]، ثم خرج وراءه، فعرقب[(١٠)] فرسه، فخر، فعلاه بسيفه، وقتله، وأخذ سلبه وحازه، وفتح الله تعالى على

(١) نقله ابن الملقن في التوضيح (٥١٤/١٧) بحروفه، وزاد عليه: «لأن إعطاء الإمام عندنا من الخمس، فيكون معنى قوله: «من قتل قتيلا فله سلبه» يعني: من الخمس لا من مال الغانمين». قلت: وهذه الزيادة لا توجد عندنا هنا، والظاهر أن هذا في نسخة أخرى، لأنه نقل عن ابن القصار في غير ما موضع بحروفه، وأجد له بعض الزيادات عليه، وسيأتي التنبيه على بعضها. والله أعلم.

(٢) يعني رجل من المدد الذين جاؤوا يمدون جيش مؤتة ويساعدونهم. عون المعبود (٢١٢/٤).

(٣) أي بعيرا.

(٤) قال في الصراح: درقة ـ بفتحتين ـ: سير، جمعه درق. عون المعبود (٢١٢/٤).

(٥) أي أحمر.

(٦) بضم وسكون، أي: مطلي بالذهب.

(٧) يغري ـ بالغين ـ: من الإغراء، أي يسلط الكفرة على المسلمين ويحثهم على قتالهم، وفي بعض النسخ: يفري ـ بالفاء والراء ـ كيرمي، أي يبالغ في النكاية والقتل، يقال: فلان يفري إذا كان يبالغ في الأمر. عون المعبود (٢١٢/٤).

(٨) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من سنن أبي داود.

(٩) في الأصل: فقعد لدويه تحت شجرة، والتصحيح من سنن أبي داود.

(١٠) أي قطع عرقوبه، وهو الوَتر الذي خلف الكعبين بين مفصل القدم والساق من ذوات الأربع، وهو من الإنسان فويق العقب. انظر النهاية (٦٠٩).

المسلمين، فبعث خالد إليه فأخذ السلب منه، قال عوف: فأتيته فقلت: يا خالد! أما علمت أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل، قال: بلى، ولكنني استكثرته، فقلت: لتردنه عليه، (٣) فأبى أن يرد، قال عوف: فاجتمعنا عند النبي ﷺ فقصصت عليه قصة المددي، وما فعله خالد، فقال ﷺ: يا خالد! ما حملك على هذا؟ قال: يا رسول الله! استكثرته، فقال: رده عليه، قال عوف: فقلت: يا خالد! ألم أوف لك، فقال ﷺ: وما ذاك؟ فأخبرته، فغضب ﷺ وقال: يا خالد! لا ترده عليه، ثم قال: هل أنتم تاركون لي أمرائي، لكم صِفوة أمرهم، وعليكهم كدره»[١].

فصح بهذا أن السلب لم يكن مستحقا كسائر الحقوق، وإنما هو كعطية الوالي؛ لأنه لو كان مستحقا؛ لم يمنعه منه لأجل كلام عوف بن مالك، كما لا يمنع من سائر الأملاك والحقوق، والاعتراض إنما كان[٢] من عوف، ولم يكن من المددي فيعاقب عليه، مع أن النبي ﷺ لا يمنع الحقوق بالعقوبة.

وقد روي أن إياس بن سلمة بن الأكوع روى عن أبيه: «أن عينا[٣] للمشركين أتى النبي ﷺ وهو في سفر، فجلس عند أصحابه ثم انسلّ، فقال

(١) أخرجه بطوله أبو داود (٢٧١٩) والبيهقي (٦/٥٠٥ ـ ٥٠٦) وهو عند مسلم (٤٣/١٧٥٣ ـ ٤٤) بلفظ أخصر من هذا.
وقوله «لكم صفوة أمرهم»: بكسر الصاد: خلاصة الشيء وما صفا منه، «وعليهم كدره»: أي على الأمراء، الكدر بالتحريك ضد الصافي. عون المعبود (٢١٢/٤)
وقال القاضي عياض في الإكمال (٦٩/٦): «صَفوة وصِفوة، يريد أنه تقاضاه جميع المال وحيطة البلاد، ومداراة الناس على الأمراء، وللناس أعطياتهم صافية، ثم ما كان من خطأ في ذلك، أو غفلة، أو عبث، أو سوء قالة؛ فعلى الأمراء، والناس منه أبرياء».
(٢) في الأصل: يكون.
(٣) أي جاسوسا. انظر النهاية (٦٥٤).

النبي ﷺ: اطلبوه فاقتلوه، فسبقتهم إليه فقتلته، وأخذت سلبه، فنفلني إياه»(١).

فصح أنه أخذه بالتنفيل من النبي ﷺ لا بالاستحقاق قبل ذلك؛ لأنه لو كان مستحقا؛ لم يفتقر إلى تنفيله ﷺ.

وقد روي أنه ﷺ قال: «ما أحد أحق بشيء من المغنم يأخذه أحدكم، فليس هو أحق به من أخيه»(٢).

وهذا عموم في كل مغنم، سلبا كان أو غيره.

وأيضا فإنه مال أخذ من كافر في الغنيمة مع العسكر؛ فوجب أن لا يستحقه إلا بعطية الإمام، دليله غير السلب.

وأيضا فإنه مال كافر أخذه والعسكر ردء(٣) له؛ فوجب أن يكون

---

(١) أخرجه البخاري (٣٠٥١).

(٢) هكذا هذا الخبر هنا، وقد رواه ابن حزم في المحلى (٥/٤٠٤) عن عبد الله بن شقيق، عن رجل من بُلقين: «قلت: يا رسول الله! هل أحد أحق بشيء من المغنم من أحد؟ قال: لا، حتى السهم يأخذه أحدكم من جنبه فليس أحق به من أخيه به».

قلت: ورواه البيهقي في السنن (٦/٥٢٧) وقال ابن كثير في تفسيره (٣/٣٣١): «إسناده صحيح». وقال ابن حزم: «خبر ساقط، هذا عن رجل مجهول لا يدرى أصدق في ادعائه الصحبة أم لا؟ ثم لو صح؛ لما كان لهم فيه حجة؛ لأن الخمس من جملة الغنيمة يستحقه دون أهل الغنيمة من لم يشهد الغنيمة بلا خلاف، فالسلب مضموم إلى ذلك بالنص، ثم يقال لهم: هلا احتججتم بهذا الخبر على أنفسكم في قولكم: إن القاتل أحق بالسلب من غيره إذا قال الإمام: من قتل قتيلا فله سلبه، فكان هذا الخبر عندكم مخصوصا بقول من لا وزن له عند الله، ولم تخصوه بقول من لا إيمان لكم إن لم تسلموا لأمره وقضائه..».

(٣) أي معين له. انظر المصباح المنير (١٣٤).

للجماعة؛ كالسرية مع العسكر لما كانوا ردءا للسرية؛ كان ما تأخذه السرية بين جميعهم.

ونقول: (٤) [ ][1] فكل من لا يستحق العين والورق، وهذا لم يستحق السلب إلا بعطية الإمام؛ لأن عطايا الإمام عندنا من الخمس[2].

وأيضا فلو كان السلب مستحقا بالقتل للقاتل؛ لكان إذا وجد المقتول وعليه سلبه يكون دينا على صاحبه كاللقطة، حتى يعرف خبره ما كان يصير إليه، ويتصدق به عنه، أو يجعل لجميع المسلمين؛ لأنه مال ميت لا يعرف هو ولا وارثه، مع علمنا بأن القتيل لا بد له من قاتل، فلما لم يكن كاللقطة وكان مقسوما بين الغانمين؛ فإنه لا يفترق فيه حكم الإقبال والإدبار؛ كالدية والكفارة وغير ذلك، فلما قالوا: «إنه لو قتله مدبرا؛ لم يستحق سلبه»؛ علم أنه لا يستحقه إذا قتله مقبلا.

أو نقول: هو مال مأخوذ من مشرك بمعونة الجيش تحريضا على القتل، فإذا رأى الإمام أن يشترك فيه الغانمون كسائر الغنائم؛ كان كذلك، دليله السرايا إذا أخرجت من العساكر فغنمت؛ فإن غنائمها بينهم وبين الجيش.

وأيضا فلما كانت الغنيمة كلها لا يتوصل إليه إلا بالتعاون، وكونِ كل واحد منهم ردءا لصاحبه؛ لم يفترق الحكم في السلب ولا غيره؛ إذ لو اختص

---

(١) طمس بمقدار سطر.

(٢) وهو قول الشافعي وأبي حنيفة، وقال أحمد: لا يكون في الخمس نفل، إنما يكون في أربعة الأخماس بعد إخراج الخمس، ثم يقسم ما بقي على الجيش. وذهب النخعي إلى أن الأمير مخير، فإن شاء نفل من رأس الغنيمة قبل الخمس، وإن شاء بعد الخمس. انظر الإنجاد في أبواب الجهاد (١/٤٦٧ ـ ٤٧٠).

المباشر بالسلب وبان به من غيره؛ لكان كل ما يحوز من المقتول كالسلب؛ لأنه باشر بالقتل، فلما لم يكن كذلك؛ فكذلك السلب بينه وبين الغانمين بحق الاعتبار.

ونقول أيضا: السلب عين من الأعيان؛ فوجب أن لا يستحقه القاتل دون الإمام، أصله سائر أعيان الغنائم، ولما كانت السرية لا تستحق التنفيل في البداءة والرجعة إلا بإذن الإمام؛ فكذلك السلب؛ لأن جماعة (ه) الغانمين ردء وعون في ذلك.

فإن قيل: فقد روى أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ قال يوم [حنين](1): «من قتل قتيلا فله سلبه»، قال: فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا، فأعطاه النبي عليه السلام أسلابهم»(2).

وروى [عوف](3) بن مالك الأشجعي وخالد بن الوليد «أن رسول الله ﷺ قضى بالسلب للقاتل ولم يخمس»(4).

قيل: هذان الخبران لا حجة علينا فيهما؛ لأن الخبر الذي رواه أنس أنه قال يوم [حنين]: «من قتل كافرا؛ [فله سلبه]»(5)، فهذا قاله عليه السلام لمن حصل منه القتل في تلك الغزاة، ولم يجعله لكل من يقتل في المستأنف، فهذا حجة

---

(1) في الأصل: خيبر، والتصحيح من التخريج، وكذا ما يأتي بعد.

(2) أخرجه أبو داود (٢٧١٩) وابن المنذر (٦/١١٩) وابن حزم في المحلى (٥/٤٠٠) وصححه الحاكم (٢/١٦٥ ـ ١٦٦) ووافقه الذهبي.

(3) في الأصل: عون، والتصحيح من التخريج.

(4) أخرجه أبو داود (٢٧٢٠) وقد تقدم من حديثهما أيضا ص (٨).

(5) ساقط من الأصل، والمثبت من سنن أبي داود.

لنا، وهو أن الإمام إذا جعل للقاتل السلب؛ صار بجعل الإمام له مستحقا، والنبي ﷺ إذا قال في وقت من الأوقات في حال قد جرت: «من فعل كذا وكذا فله كذا»، فكانت تلك الحال قد حصل فيها ذلك الفعل؛ لم يدل بظاهره على أنه يكون قوله لكل من يحصل منه مثل ذلك الفعل إلا بدلالة، وليس هو بمنزلة ما يبتدئه فيجعله شرعا كقوله: «من باع نخلا قد أبرت»[(١)]، و«من باع عبدا وله مال»[(٢)].

وقتل أبي طلحة عشرين رجلا كان في الوقعة قبل أن يقول ﷺ ذلك، فلما قال؛ أخذ أبو طلحة السلب، ولم يقل ﷺ هذا القول إلا بعد حصول الوقعة والغنيمة.

وأيضا فإن قوله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾[(٣)] متقدم على يوم [حنين][(٤)]، فلا يخلو أن يكون قوله ﷺ ناسخا للآية، أو مخصصا لها، فبطل أن يكون ناسخا؛ لأن النسخ لا يثبت بهذه الطريقة، سيما والاستعمال ممكن.

ويبطل أن يكو مخصصا؛ لأن التخصيص بيان، **والبيان عندنا لا يتأخر**، مع أن البيان إنما يكون للمجمل[(٥)]، فأما ما هو مفسر[(٦)]؛ فلا يحتاج إلى بيان.

---

(١) أخرجه البخاري (٢٢٠٤) ومسلم (١٥٤٣/٧٧).

(٢) أخرجه البخاري (٢٣٧٩) ومسلم (١٥٤٣/٧٠).

(٣) سورة الأنفال، الآية (٤١).

(٤) في الأصل، خيبر، وقد سبق تصحيحه.

(٥) المجمل ما لا يفهم المراد منه من لفظه، ويفتقر في بيانه إلى غيره. الحدود للباجي (٦٧).

(٦) المفسر ما يفهم المراد منه من لفظه، ولا يفتقر في بيانه إلى غيره. الحدود (٦٨).

[كذلك قد كانت قبل حنين مغانم كثيرة لم يقل فيها هذا القول] (٦)
[ ](١) حتى كان يوم [حنين](٢).

وعلى أنه لو كان عموما؛ لجاز أن يحمل على كل قاتل إذا رآه الإمام أو نادى به، بدليل القرآن أو غيره مما ذكرناه.

وأيضا فإن عطايا الإمام عندنا من الخمس، فإن ثبت لنا أن السلب يكون من الخمس؛ صح قولنا، ونحن نبينه فيما بعد(٣).

وخبر عوف بن مالك وخالد بن الوليد «أنه ﷺ قضى بالسلب للقاتل»(٤)؛ لفظه لفظ فعل، وهذا يقتضي فعلة واحدة لقتل مخصوص.

وعلى أننا قد ذكرنا قصة عوف مع خالد، فلو كان مستحقا عنده بالخبر؛ لم يكن لخالد أن يخالفه، ولم يكن النبي ﷺ يمنع المددي منه، فلما خمس خالد ذلك، وقال النبي ﷺ لخالد: «لا ترده عليه»؛ ثبت أنه غير مستحق إلا على الوجه الذي نقوله، ولو لم يثبت عمومه؛ لكان منزلته منزلة قوله: «من قتل قتيلا فله سلبه»(٥)، فنخصه بالدلائل كما خصصناه.

فإن قيل: فقد روى أبو قتادة قال: «لما كان يوم حنين كان المشركون حوله، فرأيت رجلا من المشركين وقد علا على رجل من المسلمين، فاستدرت

(١) طمس بمقدار سطرين.
(٢) في الأصل، خيبر، وقد سبق تصحيحه.
(٣) انظر ما سيأتي (٥/٢٤٢).
(٤) تقدم تخريجه (٥/١٣).
(٥) تقدم تخريجه (٥/١١).

من ورائه، وضربت حبل عاتقه[1] بالسيف، قال: فتركه وأقبل علي، وضمني ضمة وجدت منها رائحة الموت، ثم أدركه الموت فأرسلني، قال: فلحقت عمر ابن الخطاب فقلت: ما بال الناس؟ فقال: أمر الله، ثم اجتمع الناس وقعد رسول الله ﷺ يقول: من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه، قال: فقمت فقلت: من يشهد لي؟ ثم قعدت، وقال ﷺ ثانيا، فقمت وقلت: من يشهد لي؟ ثم قعدت، وقال ﷺ ثالثا، فقمت وقلت: من يشهد لي؟ فقال ﷺ: ما لك يا أبا قتادة تقوم وتقعد؟ قال: فقصصت عليه القصة، فقال [رجل: صدق يا رسول الله! وسلب ذلك القتيل عندي، فأرضِه يا رسول الله، فقال أبو بكر الصديق رضي الله عنه: (٧) لا ها الله إذا[2]، لا يعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله ﷺ يعطيك سلبه، فقال النبي ﷺ: صدق، فأعطاه، فبعث بالدرع،][3] فابتعت مخرفا[4] به في بني سلِمة[5]، فإنه لأول مال

(١) «حبل العاتق: بسكون الباء الموحدة، موضع الرداء من العاتق، وقيل: هو ما بين العنق والمنكب، وقيل: هو عرق أو عصب هناك». النهاية (١٧٤).

(٢) «هكذا في جميع روايات المحدثين في الصحيحين وغيرهما «لاها الله إذا» بالألف ـ أي في أوله ـ، وأنكر الخطابي هذا، وأهل العربية قالوا: هو تغيير من الرواة، وصوابها: «لاها الله ذا» بغير ألف في أوله، وقالوا: وهذا بمعنى الواو التي يقسم بها، فكأنه قال: لا والله ذا، قال أبو عثمان المازري: معناه: لاها الله ذا يمين أو قسمي، وقال أبو زيد: ذا زائدة، وفيها لغتان المد والقصر، وقالوا: ويلزم الجر بعدها كما يلزم بعد الواو، قالوا: ولا يجوز الجمع بينهما، فلا يقال: لاها والله». أفاده النووي في شرح مسلم (١٢/٥٠) وانظر معالم السنن للخطابي (٢/٢٦١).

(٣) طمس بالأصل، والمثبت من البخاري.

(٤) «أي حائط نخل يخرف منه الرطب». النهاية (٢٦٠).

(٥) «بني سلمة: هو بكسر اللام، قاله ابن الأعرابي، بني سلمة بكسر اللام في الأزد، وبفتحها في يُسَير». انظر البدر المنير (٧/٣٤١).

تأثلته[١] في الإسلام»[٢].

فأعطى النبي ﷺ أبا قتادة سلب قتيله، فدل على ما ذكرناه.

قيل: هذا حجة لنا، وذلك أن أبا قتادة لم يتعرض لذلك حتى سمع النبي ﷺ قال ذلك، فدل على أنه ﷺ ابتدأ بذلك من غير أن يكون مستحقا قبل قوله، وقد كان قبل ذلك غزوات كثيرة وغنائم لم يقل فيها ذلك، ولا اتخذ أحد سلبا فيها حتى هذا اليوم، وهذا [القول][٣].

ويجوز أن يكون جعل السلب في هذه الغزاة لمن حصل منه القتل فيها، ولم يجعله مؤبدا لكل قاتل؛ إذ لو أراد ذلك؛ لبينه بما لا يحتمل حتى يزول الإشكال.

وأيضا فقد يجوز أن يكون قد شرط ذلك فيكون مستحقا بالشرط من الإمام.

فإن قيل: عن هذا جوابان:

أحدهما: أنه لو كان قد شرط ذلك [فيما قيل][٤]؛ لكان أبو قتادة لما قتل؛ أخذ السلب، أو أشهد على القتل، فلما لم يفعل أحدهما حتى سمع النبي ﷺ يقول ذلك ويطلب الشهادة؛ عُلم أنه لم يكن تقدم شرط[٥].

---

(١) أي تملكته فجعلته أصل مالي، وأثلة الشيء أصله. انظر غريب الحديث للهروي (٢٤٣/١) والنهاية (٢٦).

(٢) سبق تخريجه مختصرا (١١/٥).

(٣) هكذا بالأصل.

(٤) هكذا بالأصل، ولعل الصواب: فيها قبل.

(٥) لم يذكر الجواب الثاني، ويؤخذ مما ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (٣٩٥/٧) حيث=

قيل: فهذا ينقلب عليك؛ لأنه لو كان مستحقا قبل هذا الوقت؛ لكان أبو قتادة قد فعل أحد الأمرين اللذين ذكرتموهما.

وعلى أن النبي ﷺ شرط البينة، ثم أعطاه السلب بلا بينة، فعلم أنه لم يعطه لأنه استحقه بالقتل(١).

فإن قيل: إنه لم يعطه إلا بالبينة، وذلك أن الرجل قال: صدق يا رسول الله! وسلب القتيل عندي، فصدقه أبو بكر - رضي الله عنه - [إذ قال: لا ها الله إذا، تعمد إلى أسد من أسد الله يقاتل عن الله ورسوله ﷺ يعطيك سلبه](٢)، (٨) فحصل شاهدان له.

وأيضا فإن كل من في يده شيء؛ فإقراره [به لغيره](٣) يقوم مقام البينة، فلما قال الرجل: «صدق يا رسول الله! سلب القتيل عندي»؛ كان هذا كما لو شهد به.

= قال: أحدهما: أنه إثبات ما لم ينقل، والثاني: أنه بيان شرع وإن تقدم كما يكون بيانه؛ لأنه نقل سبب علق عليه حكم. والثالث: وهو ما ذكره المصنف هنا، فتحصل ثلاثة أجوبة.

(١) نقل كلام ابن القصار هذا بحروفه ابن الملقن في التوضيح (٥١٥/١٧) وزاد عليه: «لأن المغانم له أن يعطي منها من شاء ما شاء، ويمنع من شاء، قال تعالى: ﴿وَمَآ ءَاتَىٰكُمُ ٱلرَّسُولُ فَخُذُوهُ﴾».

قلت: وليس في كلام ابن القصار هذه الزيادة هنا، ولعله في نسخة أخرى والله أعلم.

(٢) طمس بالأصل، والمثبت من السياق، وفي الحاوي الكبير (٣٩٥/٧): «روي أنه شهد لأبي قتادة عبد الله بن أنيس والأسود بن خزاعى».

وقال ابن حجر: «وقع في مغازي الواقدي أن أوس بن خولى شهد لأبي قتادة، وعلى تقدير أن لا يصح؛ فيحمل على أن النبي ﷺ علم أنه القاتل بطريق من الطرق». الفتح (٧٣٥/٧).

(٣) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

قيل: إن أصل الغنائم للغانمين، فإذا أخرجه ﷺ عنهم بالبينة؛ فالبينة لا تكون بالمحتمل، فأما إقرار الرجل بأن السلب في يده وتصديقه أبا قتادة؛ فليس بشهادة[1]؛ لأنه ليس بمعروف، ولا عرفت عدالته، ولا أخرجه بلفظ الشهادة، وأبو بكر - رضي الله عنه - لم يكن عنده في ذلك شيء، ولا شهد بشيء، وإنما سمع إقرار الرجل فقال ما قاله على الظاهر.

وقولهم: «إن من كان في يده شيء فإقراره يقوم مقام البينة»[2]؛ فإننا نقول: إنما هذا في شيء يخصه ويخص المدعي، فأما في سلب هو من جملة الغنيمة التي يستحقها الغانمون؛ فلا يقبل إقراره عليهم، بل ينفذ إقراره في مقدار ما يخصه من الغنيمة دون غيره.

فإن قيل: يجوز أن يكون أحلفه مع شهادة الرجل، وأعطاه السلب بشاهد ويمين.

قيل: لم تحصل شهادة بشيء؛ لأن الشهادة لها صفة، ثم لو أحلفه مع الشهادة؛ لنقل ذلك، فلما لم يكن من هذا شيء؛ صار السلب لأبي قتادة بدفع النبي ﷺ ذلك إليه، لا باستحقاق مقدم.

فإن قيل: فإنه ﷺ علق الحكم بالقتل.

---

(١) قال ابن حجر: «وأبعد من قال من المالكية: إن المراد بالبينة هنا الذي أقر له أن السلب عنده فهو شاهد، والشاهد الثاني وجود السلب، فإنه بمنزلة الشاهد على أنه قتله». الفتح (٧/٣٥٧) قلت: وفي نسبة هذا القول للمالكية نظر ظاهر، ويدل عليه كلام ابن القصار هنا، بل نسبة هذا القول للشافعية أولى وأصح، فقد ذكر الماوردي نحو هذا الدليل محتجا به في كتابه الحاوي الكبير (٧/٣٩٥).

(٢) وضعف هذا الوجه أيضا ابن حجر في الفتح (٧/٣٦٦).

قيل: حصول القتل في قصة أبي قتادة لم يثبت أنه هو قتله، فصار استحقاقه بجعل النبي ﷺ له ذلك، وفي غير قصة أبي قتادة من قوله: «من قتل قتيلا فله سلبه»[1]؛ تعلق الحكم بالقتل مع قوله ﷺ ذلك، وقوله يدل على جعله ذلك في الوقت الذي [انتهت فيه الوقعة.

فإن قيل:][2] قد اتفقنا أن الفارس يستحق سهمه، وكذلك (٩) الراجل من غير شرط الإمام، كذلك القاتل يجب أن يستحق السلب [من غير شرط][3] الإمام؛ بعلة أنه مال مأخوذ من الغنيمة بسبب لا يفتقر إلى اجتهاد الإمام، فوجب أن لا يفتقر الاستحقاق به إلى شرط الإمام، أصله: سهم الفارس.

قالوا: ومعنى قولنا «الاستحقاق به»؛ نعني بذلك السبب.

ومعنى قولنا: «سبب لا يفتقر إلى اجتهاد الإمام»؛ هو أن القتل لا يفتقر إلى اجتهاد الإمام، كما أن دخوله دار الحرب فارسا لا يفتقر إلى شرط الإمام له أن يدخل فارسا أو راجلا، كما له أن يتقدم فيقتل المشرك، وكما له أن لا يتقدم، عكسه النفل[4]؛ لما افتقر سببه إلى اجتهاد الإمام؛ افتقر الاستحقاق به إلى شرط الإمام؛ لأن تقديم السرية لا بد أن تكون من جهة الإمام، لا يجوز بغير الإمام أن تقدم سرية وتؤخر أخرى.

قيل: أما السهم الزائد؛ فإنما هو لأجل الفرس وما يلزم عليه من المؤنة

---

(١) تقدم تخريجه (٥/١١).

(٢) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

(٣) في الأصل: بشرط، وهو خطأ يقلب دعوى المعترض.

(٤) النفل ما يعطي الإمام من خمس الغنيمة لمستحقها لمصلحة. شرح حدود ابن عرفة (١/٢٣٣).

لعلفه وليخدمه، ولعمري إن كون الفرس لا يتعلق بشرط الإمام، ولكنه مع القدرة عليه من شرط الجهاد، فإن لم يكن له فرس وتعين عليه القتال والحضور؛ كان له سهمه؛ لأن هذا مبلغ قدرته، فكذلك القتل إن تمكن منه فهو فرضه، سواء كان راجلا أو فارسا، فلا يزاد على ما جعل له، إن كان فارسا؛ فله سهمان لفرسه، وسهم له من أجل المؤنة، وإن كان راجلا؛ فله سهمه لا يزاد عليه؛ لأن قدرة الراجل والفارس على القتل ذلك تكليفه، لأن الله تعالى خاطب الجميع فقال: ﴿وَاقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ﴾(١)، كما قال: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾(٢)، ثم مع هذا فقد شركه مع لم يقاتل ولم يَقتل، وهو الذي يحضر الوقعة، فكذلك يشترك من قتل ومن لم يقتل في السلب، وكذلك
(١٠) [يزاد الفارس](٣) لأجل فرسه.

على أننا قد ذكرنا قياسا يعارض قياسهم، ويرجح عليه بأن القاتل لا يصل إلى قتل من قتله إلا بالمعاونة، وكونهم ردءا له كالسرية.

فإن قيل: فإنه مسلم غرر بنفسه فقتل مشركا ممتنعا في حال القتال؛ فوجب أن يستحق سلبه، دليله إذا شرطه الإمام.

قيل: إن الإمام إذا نادى بذلك؛ فإن السلب يكون مما لا يستحقه الغانمون، وإنما يكون من الخمس الذي جعل إليه صرفه على وجه الاجتهاد، ولا يجوز له الاجتهاد في إعطاء بعضهم ما يستحقه الباقون.

---

(١) سورة البقرة، الآية (١٩١).

(٢) سورة البقرة، الآية (١٩٠).

(٣) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

على أن قياسنا أولى؛ لما ذكرناه من استناده إلى ظاهر القرآن، وإلى سائر مال المقتول سوى سلبه، وإلى غنيمة السرية، ولأنه يؤدي إلى شيئين:

أحدهما: أن لا يغرر بدمه لأجل العوض وهو السلب، فإن حرص على القتل؛ كان مخلصا لله تعالى، وكان ثوابه أعظم.

والثاني: أن المنفعة العامة أولى من المنفعة الخاصة، فكون السلب لجميع الغانمين أولى منه للواحد.

ولا يلزم على هذا السهم الزائد للفارس؛ لما ذكرناه من كثرة المؤنة، فليس المقصد به تخصيصه في نفسه، ألا ترى أنه لو لم يكن له فرس؛ لم يُزد شيء.

فإن قيل: فإنها عطية مقدرة لا تتغير؛ فوجب أن لا يفتقر استحقاقها إلى شرط الإمام، أصله سهم الراجل.

وأيضا فإننا وجدنا أمر الغنيمة مبنيا على تقديم الأقوى فالأقوى، وأن كل من كانت نكايته في العدو أكثر؛ كان سهمه أوفر، الدلالة على هذا هو أن الرجل البالغ لما كانت نكايته في العدو أبلغ من نكاية الصبيان والنساء؛ أسهم له وأرضخ[(١)] لهم، ونكاية الفارس لما كانت أكثر من نكاية الراجل؛ كان سهمه أوفر؛ لأنه يأخذ ثلاثة أسهم، كذلك القاتل نكايته أكثر وأعظم في العدو؛ فوجب أن يكون (١١) سهمه أوفر.

قيل: هذا منكسر؛ لأن الراجل الذي يقاتل يأخذ كما يأخذ من حاصر،

---

(١) رضخ له أعطاه قليلا. الصحاح (رضخ).

والراجلان أيضا يتفاضلان في النكاية ولا يتفاضلان في النفل، فقد تختلف النكايات ولا يقع تفاضل في العطاء، ألا ترى أن بعض الفرسان تكون هيبته وشجاعته ونكايته أعظم من غيره وإن لم يَقتل، ومع هذا فلا يتفاضلون في السهام.

وعلى أن القتل في نفسه نكاية، وقد اختلف حكمه إذا قتل مقبلا أو مدبرا.

وعلى أننا نعلم أن السرية قد أبلغت في النكاية بخلاف العسكر الذي لم يلحقها، ومع هذا لم تنفرد السرية بالغنيمة.

فإن قيل: فإنه قتل مشركا مقبلا في المعترك؛ فوجب أن يستحق سلبه، كما لو دخل دار الحرب فقتل بها رجلا[1].

قيل: إن صفة علة الأصل لا توجد في الفرع؛ لأنه إذا دخل وحده دار الحرب وقتل؛ فليس في معترك، فإن أرادوا معتركه في نفسه؛ انتقض بالسرية.

وعلى أن الذي يدخل وحده دار الحرب وليس وراءه عسكر؛ فإنه لم يَقتل بمعاونة أحد، فهو كالسرية إذا خرجت لنفسها من بلد بلا عسكر يتبعها، فما غنمت؛ فلها، فكذلك الراجل وحده له جميع ما أخذه من سلب وغيره.

وعلى أن هذا يؤخذ منه خمس ما يحصل له؛ فيجب أن يخمس السلب في مسألتنا.

وعلى أن القياس الذي ذكرناه على السرية أولى.

(١) من دخل دار الحرب فقتل رجلا؛ مسألةٌ مستقلة سيفصل المصنف الكلام فيها قريبا.

وعلى أننا نجعل هذا الأصل أصلا لنا، فنقول: هو مال مشرك في مكان المعركة؛ فوجب أن لا يختص بالسلب القاتل إذا لم يأذن الإمام بذلك، أصله: إذا قتله مدبرا[(١)].

ونرجح قياسنا بأنه لو كان السلب مستحقا بالقتل؛ لم يختلف الحكم بين قتله مقبلا أو مدبرا.

فإن قيل: فإنما نوجب السلب للقاتل إذا كانت الحرب قائمة، فلا فرق بين أن يقتله مقبلا أو مدبرا.

قيل: (١٢) هذا [ينقلب][(٢)] عليكم؛ لأن القتل نكاية في العدو وإتلاف نفس، فلا فرق بين أن تكون الحرب قائمة، أو قد وضعت أوزارها، فلما فرقتم بين الحالين؛ علمنا أنه لا يستحق بنفس القتل.

وعلى أن المراهق عندنا إذا أطاق القتال وقاتل؛ أسهم له، ولا يرضخ عندنا للصبيان والنساء[(٣)].

فإن قيل: احتجاجكم بقوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ﴾[(٤)] عليه سؤالان[(٥)]:

أحدهما: هو أن السلب لم يغنمه الغانمون، وإنما غنمه القاتل، فلم

---

(١) وهذا مبني على المعروف من مذهب الشافعي في تفريقه بين القتل مدبرا أو مقبلا، أما على رواية البغداديين عنه بعدم التفريق؛ فلا يتجه.

(٢) زيادة ليست بالأصل، والسياق يقتضيها.

(٣) سيناقش المصنف هذه المسألة فيما سيأتي (٥/٢٢٤).

(٤) سورة الأنفال، الآية (٤١).

(٥) ذكرهما الماوردي في الحاوي الكبير (٧/٣٩٥).

يكن السلب مضافا إلى الغانمين، والدلالة عليه قوله تعالى: ﴿فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾، ولا خلاف بيننا أن السلب لا يخمس.

والسؤال الثاني: أن الآية عامة في السلب وغيره، فخصصناها بقول عليه السلام: «من قتل قتيلا فله سلبه»[1].

قيل: أما السؤال الأول؛ فغلط؛ لأن قوله: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ﴾[2] خطاب للجماعة، ولكل واحد منهم بلا خلاف، ألا ترى أن ما غنمه القاتل غير السلب؛ فإنه يخمس، ويكون بينه وبين الغانمين، وكذلك فكل ما غنمه كل واحد من الغانمين غير السلب يكون بينه وبين سائر العسكر الذي معه، فالسلب غنيمة للقاتل كالعين والورِق والعروض، فالجميع غنيمة للغانمين، وإن كان قد غنمه واحد منهم.

وقولكم: «السلب لا يخمس»؛ غلط؛ لأنه محسوب من الخمس عندنا، فهو في جملة الغنائم مخمس، ويعوض الغانمون عن باقيه بالمحاسبة بالخمس.

وأما السؤال الثاني عن عموم الآية وتخصيصها؛ فإننا نقول: إن خصصتموها بالخبر؛ فقد تكلمنا عليه، وإنما الوقت الذي قال النبي عليه السلام ذلك فيه معروف، ولم يقل ذلك قبل حنين، فهو مما أخر عن نزول الآية، والبيان عندنا لا يتأخر.

وعلى أن قوله: «من قتل قتيلا فله سلبه»[3]؛ معناه عندنا من الخمس،

(١) تقدم تخريجه (٥/١١).
(٢) سورة الأنفال، الآية (٤١).
(٣) تقدم تخريجه (٥/١١).

لا من مال الغانمين (١٣) إذا رأى ذلك مصلحة، فلم يستمر الحكم على ما تقولون فنجعله [مخصوصا على][1] الوجه الذي رمتموه.

وإن خصصتم الآية بقياس؛ فقد ذكرنا ما يعارضه ويرجح عليه.

فإن قيل: قوله ﷺ: «ليس للمرء إلا ما طابت به نفس إمامه»[2]؛ عنه جوابان:

أحدهما: أنه ﷺ إمام الأئمة، وقد طابت به نفسه.

والثاني: أنه عام في السلب وغيره، فخصصنا منه السلب بما ذكرناه[3].

قيل: أما قولكم: «إنه ﷺ إمام الأئمة وقد طابت به نفسه»؛ فإننا نحتاج إلى أن ننظر أي وقت طابت به نفسه، هل كان في وقت من الأوقات، وهو في الغزاة التي قال فيها ما قال، وقد بينا أنه قال ذلك بعد أن وضعت الحرب أوزارها، وحصلت الغنائم، ولم يثبت بدليل قاطع أنه أراد كل من يقتل في المستأنف.

وأيضا فإن اسم النبي ﷺ بالنبوة أخص منه بالإمام، فلم يعقل من قوله: «ما طابت به نفسه إمامه»[4]؛ ما طابت به نفس نبيه، وإنما عنى الأئمة الذين يكونون بعده، أو يكون عموما فيه وفي كل إمام يأتي، ألا ترى أن الأئمة بعده قد اختلفوا في هذه المسألة، فإن طابت نفس أحدهم لشيء؛ جاز، وإن لم

(١) ممحو بالأصل، والمثبت من السياق.
(٢) تقدم تخريجه (٥/١١).
(٣) والثالث وهو أقواها: أن الحديث ضعيف لا يصح كما تقدم.
(٤) تقدم تخريجه (٥/١١).

تطب نفس الآخر ؛ لم يكن للمرء ذلك الشيء ؛ لأن نفس إمامه لم تطب.

وعلى أننا إنما نعلم طيب نفس الإمام بشيء نعلمه، فإن نادى بذلك أو شرطه أو أذن فيه ؛ علمنا طيب نفسه به، فكان السلب للقاتل على هذا الوجه.

وأما الثاني من قولكم: «إنه عام في السلب وغيره فخصصتم السلب» ؛ فإننا نقول: إن التخصيص لم يثبت لكم ؛ لأننا قد عارضناكم فيه بما قد تقدم.

فإن قيل: فإن حديث معاذ بن عمرو ومعاذ بن عفراء إنما أعطى السلب لمعاذ بن عمرو لأنه كان قد أثخنه[١]، ومعاذ بن عفراء أجاز عليه[٢]، وعندنا إذا أثخنه أحدهما (١٤) بالضرب والآخر ذبحه ؛ كان السلب للمثخن لا للذابح.

قيل: هذا غلط ؛ لأنهما تنازعا فلم يقل هذا: أنا أثخنته وأنت أجزت عليه، فأخذ النبي ﷺ سيفيهما، فنظر إلى الدم عليهما، ثم خص بالسلب أحدهما، وكل واحد منهما قال: أنا قتلته.

فإن قيل: فإن حديث عوف بن مالك وخالد من أقوى حجة لنا في المسألة من طريق الظاهر، وذلك أن خالدا أخذ السلب فقال له عوف: «أما علمت أن رسول الله ﷺ جعل السلب للقاتل؟ قال: نعم»[٣].

---

(١) أي أثقله بالجراح، والإثخان المبالغة في الشيء والإكثار منه. انظر النهاية (١٢٠ ـ ١٢١).

(٢) «ونظره ﷺ لسيفيهما واستدلاله منهما على أيهما قتله ؛ دليل يقويه، فإن من أثخن له مزية في القتل، وموضع الاستدلال منه أنه رأى في سيفيهما مبلغ الدم من جانبي السيفين ومقدار عمق دخولهما في جسم أبي جهل، ولذلك سألهما: هل مسحاهما، ليعتبر مقدار ولوجهما في جسمه، وقوله: «كلاكما قتله» وإن كان الواحد المثخن ؛ ليطيب نفس الآخر ولا يكسره». أفاده ابن الملقن في التوضيح (١٧/٥١٣).

(٣) تقدم تخريجه (٥/١٣).

فاتفقا على أنه مستحق للقاتل، ثم اعتذر خالد وقال: لكنني استكثرته، ثم لما اجتمعا عند النبي ﷺ وأخبره عوف بالقصة؛ استفهم خالدا وقال: ما حملك على هذا؟ يعني مخالفة ما جعلته أنا للقاتل، ثم قال: رده عليه، فأمره بالرد، فدل على أنه مستحق، وقوله بعد ذلك لخالد: «لا ترده عليه» على وجه التغليظ لاعتراض عوف وتقريعه خالدا على ما فعل، ألا ترى أن النبي ﷺ قال: «هل أنتم تاركون لي أمرائي»[1]، أي فيكون معناه: لا ترده في الحال ورده في الثاني، أو لا ترده أصلا ليرتدع من يعترض على الأمير فيما يراه.

قيل: هذا من أدل دليل على صحة قولنا[2]، وذلك أن خالدا لا يجوز له منع حق قد وجب لإنسان لأنه يستكثره، وهذا بمنزلة ما لو قال: إنني قد استكثرت للفارس ثلاثة أسهم فأنا أنقصه منه، فإن هذا لو فعله؛ لم يقبل منه بعذر ولا غيره، ولكنه فهم من جعل النبي ﷺ السلب للقاتل إذا كان ذلك على صفة كان مصلحة يؤدي إليه الاجتهاد، لولا هذا لا يجوز له ما فعل، كما لا يجوز له أن ينقص الفارس.

وقول النبي ﷺ: «رد عليه»؛ لأنه رأى أن ذلك مصلحة، فلما تبين له أن ذلك مفسدة؛ منعه منه؛ (١٥) لأن الاجتهاد إليه في ذلك، ولو كان مستحقا للمددي؛ لم يعاقبه باعتراض غيره؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَلَا تَزِرُ وَازِرَةٌ وِزْرَ أُخْرَىٰ﴾[3]، ولكنه لما كان الاجتهاد إليه في إعطاء السلب تارة ومنعه أخرى؛ منع منه، ألا ترى أنه لو اعترض خالد في أسهم الفارس؛ كان مخطئا لا يجوز

(١) تقدم تخريجه (٥/١٣).
(٢) رده ابن حزم في المحلى (٥/٤٠٣ ـ ٤٠٤) من أربعة أوجه، فراجعها.
(٣) سورة الإسراء، الآية (١٥).

أن يُقَر عليه، ولا يكون النبي ﷺ باعتراض عوف مانعا للمددي في أسهمه الثلاثة لو كان فارسا قد أخذ ثلاثة أسهم، فلما منعه من السلب باعتراض عوف؛ علم أنه لم يكن مستحقا له إلا بعطية النبي ﷺ. وبالله التوفيق.

مسألة (٢): في الدعوة:

قال مالك: أما من قربت دارهم منا؛ فلا يُدعَوا؛ لعلمهم بالدعوة، ولْيلتمس غِرَّتهم[١]، ومن بعدت داره وخيف أن لا يكونوا كهؤلاء[٢]؛ فالدعوة أقطع للشك[٣].

قال: وأما القِبط[٤]؛ فلا يقاتَلوا ولا يبيَّتوا حتى يُدعوا[٥]، بخلاف الروم، ولم ير بلوغ الدعوة غرة فيهم[٦]، كذلك قال في الفرازنة صنف من

(١) الغرة الغفلة. انظر اللسان (غرر).

(٢) في عيون المجالس (٢/٦٧٣): «وخيف عليهم إلا أن يكونوا كهولا فالدعوة..» قلت: وهو خطأ ظاهر، والصواب ما أثبتّه هنا.

(٣) انظر الكافي (٢٠٧) المعونة (١/٤٤٥) بداية المجتهد (٣/٤٣٣ ـ ٤٣٥) الذخيرة (٣/٤٠٢ ـ ٤٠٤).

(٤) «القبط أهل مصر، وإليهم تنسب الثياب القبطية بالضم على غير قياس، وقد تكسر، جمعه قُباطي وقَباطي، ورجل قبطي، وهي بهاء، ومنهم مارية القبطية أم إبراهيم». القاموس المحيط (٢/٤٣٢ ـ ٤٣٣).

(٥) واختلف في العلة، فقيل: لبعد فهمهم، وليس كذلك، وقيل: لشرفهم بسبب مارية وهاجر. الذخيرة (٣/٤٠٢).

(٦) «قال المازري: «ضابط المذهب أن من لا يعلم ما يقاتل عليه وما يدعى إليه؛ يدعى، ومن علم؛ ففيه أقوال: الدعوة على الإطلاق، وهذا أحد قوليه في الكتاب، وإسقاطها مطلقا، رواه ابن سحنون عنه، والتفرقة بين من يعلم وبين من لا يعلم، وهو أحد قوليه في الكتاب،=

الحبش[1].

وقال أبو حنيفة: إن بلغتهم الدعوة؛ فحسن أن يدعوهم الإمام إلى الإسلام أو أداء الجزية قبل القتال، وإذا لم تبلغهم الدعوة؛ فلا ينبغي للإمام أن يبتدئهم بالقتال[2].

وقال الشافعي: لا أعلم أحدا من المشركين لم تبلغهم الدعوة اليوم، إلا أن يكون خلف الذين يقاتلونا قوم من المشركين خلف الخزر[3] والترك[4] لم تبلغهم الدعوة، فلا يقاتلوا حتى يُدعَوا إلى الإيمان[5]، فإن قتل منهم أحد قبل ذلك؛ فعلى عاقلة[6] القاتل الدية[7].

= والرابع: يدعو الجيش الكثير لأمنه الغائلة دون غيره، وهو عندي ظاهر كلامه، وأما إن عاجلنا العدو؛ فلا يدعى، ولو أمكنت الدعوة وعلمنا أن العدو لا يعلم أيقاتل على الملك أو الدين؛ دعي، ولا يحسن الخلاف في هذا القسم، قال اللخمي: لا خلاف في وجوب الدعوة قبل القتال لمن لم يبلغه أمر الإسلام، ومن بلغه فأربعة أقسام: واجبة من الجيش العظيم إذا غلب على الظن الإجابة إلى الجزية، لأنهم قد لا يعلمون قبول ذلك منهم، ومستحب إذا كانوا عالمين ولا يغلب على الظن إجابتهم، ومباحة إذا لم يرج قبولهم، وممنوعة إن خشي أحدَهم لحذرهم بسببها». الذخيرة (٣/٤٠٢ ـ ٤٠٣).

(١) «شرط الحرب بلوغ الدعوة باتفاق، أعني أنه لا يجوز حرابتهم حتى يكونوا قد بلغتهم الدعوة، وذلك شيء مجمع عليه من المسلمين». قاله ابن رشد في البداية (٣/٤٣٣).

(٢) بدائع الصنائع (٩/٣٩٠ ـ ٣٩٣) الهداية مع شرح فتح القدير (٥/٤٢٧ ـ ٤٣١).

(٣) «الخزر: اسم جيل خزر العيون، أي عيونهم ضيقة وصغيرة، أو في عيونهم حول». القاموس (٢/٢١).

(٤) جيل من المغول، واحده تركي. انظر القاموس (٣/٣٣٥) والمعجم الوسيط (٧٥).

(٥) وهو مذهب أحمد أيضا. انظر المغني (١٢/٥٢١ ـ ٥٢٣).

(٦) أي من يدفع عنه الدية، من عقلت القتيل عقلا أديت ديته، ودافع الدية عاقل، والجمع عاقلة. انظر المصباح المنير (٢٤٤).

(٧) الحاوي الكبير (١٤/٢١٢ ـ ٢١٥) روضة الطالبين (١٠/٢٣٩).

وقال أبو حنيفة: لا شيء عليه[1].

قال القاضي رحمه الله: ولست أعرف لمالك رضي الله عنه نصا في هذه المسألة، والذي عندي أنه لا شيء فيه كما يقول [أبو حنيفة][2].

والدليل لذلك براءة ذمته وذمة العاقلة من شيء حتى يقوم دليل.

وأيضا قول النبي (١٦) عليه السلام: لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»[3].

وقوله: «ليس في المال حق سوى الزكاة»[4].

وأيضا فإن الله تعالى قال: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَيۡثُ وَجَدتُّمُوهُمۡ﴾[5].

وأيضا قوله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾[6].

وسائر الآي التي ذكر فيها قتال المشركين تنفي وجوب الضمان على قاتل المشرك؛ لأنه لا يجوز أن يأمر ويوجب قتلهم ومع هذا يلزم فيه الضمان.

وأيضا فإن السبب في إباحة دمائهم موجود، وهو إقامته على الكفر والمحاربة، وعدم العهد والأمان[7]، وهذا معنى لا يوجب ضمانا، يبين ذلك

---

(١) التجريد (١٢/٦١٧٦ ـ ٦١٧٧).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس.

(٣) سيأتي تخريجه (٦/١٠٧).

(٤) أخرجه ابن ماجه (١٧٧٩) وقد رواه الترمذي (٦٦٠) بنفس الإسناد، لكن بضد هذا المعنى، ولفظه: «إن في المال حقا سوى الزكاة»، وقال: «هذا حديث إسناده ليس بذلك، وأبو حمزة ميمون الأعور ضعيف، وروى بيان وإسماعيل بن سالم عن الشعبي هذا الحديث قوله، وهذا أصح». وانظر البدر المنير (٥/٤٧٧ ـ ٤٧٠) والتلخيص الحبير (٢/١٦٠)،.

(٥) سورة التوبة، الآية (٥).

(٦) سورة التوبة، الآية (٢٩).

(٧) انظر مجموع الفتاوى (٢٧/٣٤٥).

إذا قتله بعدما بلغته الدعوة.

ويبينه أيضا؛ أن الذمي لا يُقتل وإن كان مقيما على كفره لعدم المحاربة منه، والحربي الذي بلغته الدعوة لا ضمان على قاتله لوجود المحاربة من جهته مع إقامته على الكفر، فتبين أن السبب الموجب لسقوط الضمان عن القاتل ما ذكرناه.

وعلى أن من أصلنا أن المسلم إذا اختار المقام بدار الحرب مع القدرة على الخروج ثم قتل خطأ؛ لم يكن فيه دية[1]، فالكافر منهم أولى أن لا تجب فيه دية.

وأيضا فإنه لا أمان له ولا إيمان؛ فوجب أن لا يكون على قاتله دية، دليله من بلغته الدعوة.

وأيضا فليس فيه أكثر من كوننا ممنوعين من قتله، وهذا المعنى لا يوجب الضمان، دليله نساء المشركين وصبيانهم، وقد منعنا من قتلهم[2]، ثم لا ضمان فيهم.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَانًا﴾[3].

قيل: السلطان هو المغالي في الشيء؛ لأنه فسره بقوله ﴿فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِ﴾[4]، وقد اتفقنا على سقوط القود[5] هاهنا.

---

(١) وهو اختيار الحنفية أيضا. انظر التجريد (١٢/٦١٧٧).

(٢) وسيأتي الحديث عن ذلك بتفصيل (٥/٦٧).

(٣) سورة الإسراء، الآية (٣٣).

(٤) سورة الإسراء، الآية (٣٣).

(٥) القود: القصاص. المصباح المنير (٣٠٠).

وعلى أن «مَن» خبر لمجمل يحتاج إلى بيان، فنقف فيه حتى ننظر أيش المراد منه.

وأيضا فإنه من الأسماء المشتركة؛ لأن السلطان يُعبَّر (١٧) به عن معان مختلفة[١]، **وما كان مشتركا؛ لا يصح التعلق فيه بالعموم**، ووجب الرجوع إلى ما أجمعوا على المراد به وهو القود، لقوله: ﴿فَلَا يُسْرِف فِّي ٱلْقَتْلِ﴾[٢]، وقد اتفقنا على سقوط القود هاهنا، فدل على أنه لم يدخل في هذه الآية.

فإن قيل: فقد قال ﷺ: «من قُتل له قتيل؛ فأهله بين خيارين: إن أحبوا قتَلوا، وإن أحبوا أخذوا الدية»[٣].

قيل: هذا لا يلزم؛ لأن الخبر يفيد القتل إن أحبوا، وهذا لا يتناول مسألتنا؛ لأنه لا قود لهم إن أحبوا، فلم يتناوله الخبر، وإنما هو فيمن يستحق في قتله القود فيجوز لهم العدول عنه إلى الدية، وهذا ساقط في مسألتنا بالاتفاق.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿وَمَا كُنَّا مُعَذِّبِينَ حَتَّىٰ نَبْعَثَ رَسُولًا﴾[٤].

---

(١) في القاموس (٢/٤١٧): «والسلطان الحجة، وقدرة الملك، والوالي.. وسلطان الدم تَبيُّغه، ومن كل شيء شدته».
وفي الآية يجوز أن يكون إماما يتسلط به على القصاص من قاتل وليه، وأن يكون المعنى سلاطة عليه وقوة يتمكن من القود. انظر ذخيرة الحفاظ (٢/٢١١ ـ ٢١٢).

(٢) سورة الإسراء، الآية (٣٣).

(٣) أخرجه الترمذي (١٣٧٧) وابن ماجه (٢٦٢٦) وقال الترمذي: «حسن غريب».
وتعقبه ابن الملقن بقوله: «وفي إسناده محمد بن راشد المكحولي الدمشقي، وقد وثقه أحمد وجماعة، وليّنه النسائي، ونُسب إلى القدر وأنه يرى الخروج». البدر المنير (٧/٤٢٩).
وقال فيه ابن حجر في التقريب (٤٧٧): «صدوق يهم، ورمي بالقدر».

(٤) سورة الإسراء، الآية (١٥).

قيل: هذا إخبار عما يفعله تعالى في الآخرة من العذاب، وليس يتعلق هذا بضمان دية؛ لأننا قد بينا لكم حكم النساء والصبيان الذين لا يعقلون الدعوة إذا قُتلوا لم تلزمهم دية.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَلَوْ أَنَّآ أَهْلَكْنَٰهُم بِعَذَابٍ مِّن قَبْلِهِۦ لَقَالُوا۟ رَبَّنَا لَوْلَآ أَرْسَلْتَ إِلَيْنَا رَسُولًا﴾(١).

قيل: هذا لا يفيد حكم قتل المسلم الكافر، وإنما ذكر تعالى ما طريقه الانتقام من جهته، فلا تعلق لهذا بضمان الدية.

على أن هذا ورد في قوم قد جاءتهم الرسل، وهو في الآية(٢).

فإن قيل: فإنه ذكر بالغ محقون الدم؛ فجاز أن يكون على قاتله الضمان، أصله المسلم.

قيل: عن هذا أجوبة:

أحدها: أن المسلم إذا اختار المقام بدار الحرب؛ لم يجب في قتله دية على ما نقول(٣)، فقد انتقض على أصلنا.

وجواب آخر: وهو أننا لا نقول: إنه محقون الدم على الإطلاق، وليس كل من نهينا عن قتله يكون محقون الدم حتى يجب في قتله الضمان، ألا ترى أن الرهبان، والشيخ الفاني، والنساء، والولدان (١٨) قد منعنا من قتلهم(٤)،

---

(١) سورة طه، الآية (١٣٤).

(٢) حيث قال قبلها: ﴿وَقَالُوا۟ لَوْلَا يَأْتِينَا بِـَٔايَةٍ مِّن رَّبِّهِۦٓ ۚ أَوَلَمْ تَأْتِهِم بَيِّنَةُ مَا فِى ٱلصُّحُفِ ٱلْأُولَىٰ ۝١٣٣ وَلَوْ أَنَّآ أَهْلَكْنَٰهُم ..﴾ الآية.

(٣) انظر ما تقدم قبل قليل حول هذا (٥/٣٥).

(٤) وسيفصل المصنف القول في ذلك فيما سيأتي (٥/٦٧).

ثم لا ضمان على قاتلهم.

وجواب آخر: وهو أن المسلم محقون بحرمته، فالنساء من المسلمين والصبيان في ذلك على واحدة، والكافر لا حرمة له[1].

فإن قيل: قولكم: «إنه لا إيمان له ولا أمان»؛ لا نسلمه؛ لأنه إذا لم تبلغه الدعوة؛ فهو مسلم، لأن اليهود من قوم موسى إذا كانوا متمسكين بشريعته؛ فكلهم عندنا مسلمون من أهل الجنة، الدلالة عليه قوله تعالى: ﴿وَمِن قَوْمِ مُوسَىٰٓ أُمَّةٌ يَهْدُونَ بِٱلْحَقِّ وَبِهِۦ يَعْدِلُونَ﴾[2].

فإذا كان مسلما؛ فلا خلاف بين المسلمين أنه لا ينتقل عن حكم الإسلام إلا بعد أن يعلم نسخها، فهو على حكم الإسلام[3].

قيل: إنما أردنا أنه لا إيمان له أي لا تصديق له بنبينا، ولم يحصل منه إيمان به، ألا ترى أنه لا يدخل تحت قوله تعالى: ﴿وَمَن قَتَلَ مُؤْمِنًا خَطَـًٔا فَتَحْرِيرُ رَقَبَةٍ مُّؤْمِنَةٍ﴾[4].

وإذا لم يتناوله اسم مؤمن؛ فلا إيمان له، وكيف يكونون مسلمين بحق الإطلاق وقد خبّر الله تعالى أنهم يحرفون الكلم، وأنهم يعرفون النبي ﷺ ويجدونه مكتوبا عندهم في التوراة والإنجيل، فإن بان لنا أن أحدا ممن لم

(١) انظر التجريد (١٢/٦١٧٧).

(٢) سورة الأعراف، الآية (١٥٩).

(٣) وأجاب الماوردي بغير هذا حيث قال: «فأما الجواب عن استدلالهم بأنه لا إيمان له ولا أمان هو أن لهم أمان، ولذلك حرم قتلهم». الحاوي الكبير (١٤/٢١٤)
وأجابه القدوري بقوله: «نريد ما يطلق عليه اسم الأمان وهو العقد». التجريد (١٢/٦١٧٦).

(٤) سورة النساء، الآية (٩٢).

تبلغه الدعوة قال: إن في كتابنا أن نبيا يظهر وينسخ شريعتنا، ونحن به مؤمنون إذا ظهر وبلغتنا دعوته، مصدقون له؛ نظرنا في قتله، وأوجبنا الدية، فأما إذا لم يظهر لنا ذلك وهم يجدون صفة نبينا ﷺ في كتابهم، ويعلمون أنه سيبعث، وهم يعتقدون خلافه وتكذيبه، وأن لا ينتقلوا عن شريعتهم؛ فسواء بلغتهم الدعوة أو لا، وقد خبر الله عنهم فقال: ﴿ٱلَّذِينَ ءَاتَيۡنَٰهُمُ ٱلۡكِتَٰبَ يَعۡرِفُونَهُۥ كَمَا يَعۡرِفُونَ أَبۡنَآءَهُمۡ﴾[1].

وقال: ﴿يَجِدُونَهُۥ مَكۡتُوبًا عِندَهُمۡ فِي ٱلتَّوۡرَىٰةِ وَٱلۡإِنجِيلِ يَأۡمُرُهُم بِٱلۡمَعۡرُوفِ وَيَنۡهَىٰهُمۡ عَنِ ٱلۡمُنكَرِ﴾[2].

فسبيل من لم تبلغه (١٩) الدعوة منهم إن كان قبل مصدقا؛ أن يظهر ذلك ويعرف به، فإن لم تبلغه؛ نظرنا حينئذ في قتله، وإنما تجب الدعوة لجواز أن يرجعوا عما هم عليه إلى الإسلام، [لا لأن][3] نعرفهم أن شريعتهم منسوخة بنبينا ﷺ، فإنهم قد علموه ووجدوه مذكورا في كتبهم، كما ذكر الله تعالى عنهم ذلك، فهم محجوجون بكتبهم قبل أن يُدعَوا إلى الإسلام.

فإن قيل: المعنى في الحربي أنه مفرط معاند، فلهذا لم يكن قتله مضمونا، وليس كذلك من لم تبلغه الدعوة؛ لأنه غير مفرط؛ لأن الدعوة لم تبلغه، ولم يعلم بالإسلام، فجاز أن يكون مضمونا.

قيل: قد قلنا فيما تقدم: الحربي وإن كان مفرطا؛ فصبيانهم ليسوا بمفرطين، وليس في قتلهم دية.

---

(١) سورة البقرة، الآية (١٤٦).

(٢) سورة الأعراف، الآية (١٥٧).

(٣) في الأصل: لأن لا.

على أننا قد ذكرنا أن أحبار اليهود وعلماءهم لم يظهر منهم ولا نقل عنهم التصديق بنبينا، وأنه سيبعث فيؤمنون به، مع علمهم به، ووجودهم صفته ﷺ في كتبهم، وقد ذكر الله تعالى عنهم أنهم يعاندون ويكذبون.

فإن قيل: فلِم فرق مالك بينهم فقال: يقاتل من بلغته الدعوة، ولا يقاتل من لم تبلغه حتى يُدعوا.

قيل: هو مستحب فيمن بلغته الدعوة أيضا أن يُدعوا رجاء أن يسلموا، ومن لم تبلغه الدعوة؛ فيدعوا لجواز أن يكون فيهم جاهل يسأل عن البرهان، فيترك تقليد من قد اتبعه من أحبارهم، فإن الله تعالى خبر عنهم فقال: ﴿وَإِذَا قِيلَ لَهُمُ ٱتَّبِعُواْ مَآ أَنزَلَ ٱللَّهُ قَالُواْ بَلۡ نَتَّبِعُ مَا وَجَدۡنَا عَلَيۡهِ ءَابَآءَنَآ﴾[1].

فهم مقلدون لآبائهم وعلمائهم الذين يحرفون الكلم عن مواضعه، فلا يوجب قتلهم ضمانا.

فإن قيل: فإن النساء والصبيان إنما لم تكن في قتلهم دية؛ لأنه لم يُمنع من قتلهم لحرمة أنفسهم، وإنما منع لكي لا تنقص الغنيمة، (٢٠) [فلا يكون][2] مضمونا، وليس كذلك من لم تبلغه الدعوة؛ لأنه منع من قتله لحرمة نفسه لأنه لم تبلغه الدعوة، وهو غير مفرط، فجاز أن يكون مضمونا.

قيل: هذا باطل؛ لأن الرهبان والشيخ الفاني قد حصل المنع من قتلهم لا لكي لا تنقص الغنيمة.

وعلى أنه لم يمنع من قتل من لم تبلغه الدعوة لحرمة نفسه لما ذكرنا؛

---

(١) سورة لقمان، الآية (٢١).

(٢) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

لأنه لا حرمة لهم؛ لأنهم إما أن يكونوا عالمين بشريعتنا على ما يجدونه في كتبهم؛ فهم يكتمون ذلك، ويقلدون أحبارهم ورهبانهم، كما قال تعالى: ﴿ٱتَّخَذُوٓاْ أَحْبَارَهُمْ وَرُهْبَـٰنَهُمْ أَرْبَابًا مِّن دُونِ ٱللَّهِ وَٱلْمَسِيحَ ٱبْنَ مَرْيَمَ﴾[1]، فلا حرمة لهم[2]. والله أعلم.

فإن قيل: فقد كان يجوز أن يرجع عن دينه إذا دعي.

قيل: وكذلك من بلغته الدعوة ثم قتلناه ولم نستأنف له دعوة؛ قد كان يجوز أن يرجع لو استأنفنا دعوته، وكذلك الصبيان قد كان يجوز أن يبلغوا فيؤمنوا، ومع هذا لا دية في قتلهم قبل البلوغ. وبالله التوفيق.

مسألة (٣):

قال: وتقسم الغنيمة في دار الحرب، ويكره تأخيرها إذا لم يكن هناك عذر[3].

وبه قال الشافعي[4].

وقال أبو حنيفة: لا تقسم حتى تصير في دار الإسلام[5]، فإن قسمت

(١) سورة التوبة، الآية (٣١).

(٢) ذكر «إمّا» يقتضي أنه سيفصل أمورا، لكنه ما ذكر إلا أمرا واحدا.

(٣) انظر المدونة (١/٧١٧ ـ ٧١٩) الكافي (٢١٤) الذخيرة (٣/٤٢٤).

(٤) الأم (٥/٣٠٢ ـ ٣٠٤) الأوسط (٦/٢٠٤ ـ ٢٠٦) الحاوي الكبير (١٤/١٦٤ ـ ١٦٦) وهو اختيار أحمد بن حنبل. انظر المغني (١٢/٦٢٥ ـ ٦٢٦).

(٥) وقيل: هو مكروه كراهة تنزيه، وإليه ذهب محمد بن الحسن كما في الهداية (٥٤٦٦).

في دار الحرب؛ مضت كحكم الحاكم لا ينقض[١].

واحتجوا بأن رسول الله ﷺ قسم غنائم بدر بالمدينة، فلو جازت قسمتها في دار الحرب؛ لقسمها، ولم يكن لتأخيرها إلى رجوعه معنى[٢].

وأيضا فقد روي عن عبد الله بن [جحش والعلاء الحضرمي][٣] «أنهما قاتلا المشركين، وحملا الغنيمة إلى رسول الله بالمدينة، فقسمها بينهم»[٤].

فلو كانت القسمة جائزة في دار الحرب؛ لأخبرهما بذلك، ألا ترى أن تأخيرهما القسمة إلى وقت [رجوعهما إلى النبي][٥] عليه السلام يدل على امتناعهما (٢١) من قسمها قبل ذلك، فلو كانت القسمة جائزة قبله؛ لبينه عليه السلام لهما.

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾[٦].

فأضاف الغنيمة إلى الغانمين، وجعل لهم أربعة أخماسها، فينبغي أن يقسم ذلك بينهم حيث غنموا.

---

(١) التجريد (٤١٦٠/٧ - ٤١٦٤) بدائع الصنائع (٤٧٩/٩ - ٤٩٠) الهداية مع شرح فتح القدير (٤٦٤/٥ - ٤٦٧).

(٢) مع أنه يحكم، وتأخيره على من يستحقه لا يجوز. التجريد (٤١٦١/٨).

(٣) في الأصل: عبد الله بن عمر والعلاء الحضرمي، وفيه نظر؛ لأن المعروف أنه عبد الله بن جحش وكان معه واقد بن عبد الله التميمي، وهو الذي قتل عمرو بن الحضرمي. وسيكرر المصنف القصة بما ذكره هنا.

(٤) أخرجه ابن جرير (١١٤٦/٢ - ١١٤٧) والبيهقي (٩٩/٩ - ١٠١).

(٥) ممحو بالأصل بمقدار كلمتين، والمثبت من السياق.

(٦) سورة الأنفال، الآية (٤١).

وأيضا ما روي أن رسول الله ﷺ قسم غنائم بدر بشعب من شعاب الصفراء[1]، وهو قريب من بدر، وبدر والصفراء جميعا كانتا دار شرك؛ لأن ذلك بعيد من المدينة.

فإن قيل: فإن قوله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم﴾ [يدل][2] على أنهم ملكوا بنفس الغنيمة.

قيل: نحن نوافقكم على ذلك ونقول: إن ملكهم غير مستقر[3]، إلا أنهم قد ملكوا أن يملكوا بحصول الغنيمة، فصار لهم في ذلك حق المطالبة بالقسمة ليتقرر ملكهم، فيحوز كل واحد منهم ما يصير له، فيتصرف فيه كما يكون لهم ذلك في سائر حقوقهم.

فإن قيل: فقد روينا نحن أنه قسم غنائم بدر بالمدينة.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أن هذه فعلة واحدة، لا يجوز أن يدعى فيها العموم، فيحتمل أن يكون عليه السلام أخرها إلى المدينة لعذر رأى المصلحة في ذلك، وبمثل هذا لا يترك الأصل الذي ذكرناه.

والجواب الآخر: أننا قد روينا أنه قسمها بشعب من شعاب الصفراء، وهو قريب من بدر، بعيد من المدينة، ورويتم ما ذكرتموه، فالرواية التي

(١) أخرجه البيهقي (٩/٩٧) من طريق ابن إسحاق، وهو معضل. لكنه مشهور عند أهل السير كما قال الشافعي وغيره، وانظر البدر المنير (٧/٣٤٦).
(٢) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.
(٣) سيتحدث عن هذا المصنف في الفصل الآتي.

يساعدها الأصل من قسم ما يتعلق به حقوق الغانمين؛ أولى من تأخيره، فيصير خبرنا أولى لهذا الوجه، ولأنه زائد.

ويقوي هذا ما روى الأوزاعي أن رسول الله ﷺ لم يقسم غنيمة قط إلا في دار الشرك، فمنها غنيمة بني المصطلق قسمها على مياههم، وقسم غنيمة هوازن في دارهم، وقسم غنائم خيبر وهم مشركون ويهود، ولم يكن بها مسلم غير (٢٢) النبي ﷺ وعسكره[١]. [ ][٢]

قال الأوزاعي: [إن عمل] الناس من لدن النبي ﷺ إلى زمن عمر وعثمان، والخلفاء كلهم وجيوشهم تلحق بالكفار من الروم والترك في البر والبحر، لم يقسموا غنيمة قط إلا حيث غنموها[٣].

وهذا معروف عند أهل السير والمغازي أنه ﷺ ما أسرى سرية فغنمت إلا وقسموا الغنيمة حيث غنموا، وهذا وإن كان مرسلا ـ أعني حديث الأوزاعي ـ؛ فإننا وهم نقول بالمراسيل.

فإن قيل: أما قسم رسول الله ﷺ غنيمة بني المصطلق في مياههم وهوازن في دارهم؛ لأنها كانت دار إسلام، والدليل على أنها كانت دار إسلام أن

---

(١) أخرجه ابن وهب عن مسلمة عن الأوزاعي كما في المدونة (٧١٩/١).
وأما قسمة غنيمة بني المصطلق على مياههم فذكره أيضا الشافعي في الأم (٣٠٢/٥ ـ ٣٠٣)
وأخرج القصة البخاري في صحيحه (٤١٣٧) و(٢٥٤١) ومسلم (١٣٥٦/٣).
وأما قسمة غنيمة هوازن في دارهم فأخرجها البخاري (٣٠٦٦).

(٢) طمس بمقدار نصف سطر.

(٣) انظر التوضيح لابن الملقن (٣١٥/١٨).

النبي ﷺ بعث الوليد بن عقبة مصدِّقا[١] إليهم[٢]، فعلم أنهم كانوا مسلمين.

قيل: هذا كلام لا يتحمل؛ لأنه إنما قسم ما غنمه منهم، وما غنمه منهم لم يكونوا مسلمين وقت الغنيمة، فإن كانوا أسلموا قبل أن تقسم الغنيمة ثم أرسل إليهم بعد ذلك مصدقا؛ فإن هذا غلط؛ لأن النبي ﷺ غنم بني المصطلق سنة خمس[٣]، وهم أسلموا سنة عشر، وإنما بعث الوليد بن عقة سنة عشر بعد الفتح بخمس سنين، فسقط ما ذكروه.

وعلى أنهم وإن كانوا مسلمين؛ فإن من حولهم كانوا كفارا كلهم.

وأيضا فإن القياس يدل على صحة قولنا، **وهو أن كل موضع إذا قسمت الغنيمة فيه مضت ولم تبطل؛ فإنه يجوز فيه القسمة ولا تكره**، دليله دار الإسلام.

ونقول أيضا: كل موضع جازت فيه قسمة الثياب إذا احتيج إليه؛ جاز فيه قسمة غير الثياب، أصله دار الإسلام.

أو نقول: كل غنيمة صح قسمتها في دار الإسلام؛ جاز قسمتها في دار الحرب، دليله الثياب.

---

(١) «المصدِّق هو عامل الزكاة الذي يستوفيها من أربابها». النهاية (٥١١).

(٢) أخرجه البيهقي (٦/٩٣ ـ ٩٤) وقال: «الذي يستدل به على أن ذلك كان بعد غزوة بني المصطلق بمدة كثيرة ويشبه أن يكون سنة عشر كما حفظه الشافعي ﷺ؛ أن الوليد بن عقبة كان زمن الفتح صبيا، وذلك سنة ثمان، ولا يبعثه مصدقا إلا بعد أن يصير رجلا».

(٣) وهو قول عروة وابن شهاب، وقال به الشافعي، وأصح ما روي عن ابن إسحاق أن ذلك كان سنة ست. نص عليه البيهقي في السنن (٦/٩٣).

وما روي من حديث عبد الله بن [جحش (٢٣) والعلاء الحضرمي][١] وحمل الغنيمة إلى رسول الله ﷺ حتى قسمها بينهم؛ فلا دلالة فيه؛ لأنهما شريكان ومعهما النبي عليه السلام يأخذ الخمس، فلم يجز لهما القسمة دون أن يأخذ النبي عليه السلام الخمس، ولو لم يكن فيه خمس؛ لجاز أن يكونا تشاحا وتشاجرا، فلم يكن بد من قاسم يحكم بينهما ويلزمهما الواجب، وهي فعلة واحدة تحتمل ما تحتمله.

فإن قيل: فإن هذه المسألة مبنية على أصلنا أن الحق في القسمة يثبت لجماعة المسلمين بالحيازة إلى دار الإسلام، ولا يُملك حتى تقع فيها القسمة، فإذا كان كذلك؛ لم ينبغ للإمام قسمتها بينهم قبل ثبوت حقهم في الغنيمة؛ لأنه لو مات أحد من الجند وقد حصلت الغنيمة قبل أن يحوز بدار الإسلام؛ لم يكن لورثته شيء منها، ولو مات بعد إحوازها؛ انتقل نصيبه إلى ورثته، وكذلك نقول: إذا لحقهم جيش آخر قبل إخراجها إلى دار الإسلام؛ شركوهم فيها[٢]، وإذا كان كذلك؛ لم ينبغ للإمام قسمتها.

قيل: ما ذكرتموه من أصلكم؛ فإننا نقول: إن الغانمين قد تعلق لهم حق بالغنائم، ولكنه ملك غير مستقر، ثم ينتقل إلى ورثتهم إذا ماتوا قبل القسم، كالشفعة[٣]، سواء كانت الغنيمة في دار الحرب، أو حصلت في دار الإسلام، وهذا مثل ما تقولون في الثياب إنها تقسم في دار الحرب، فإن كانوا لم يملكوا شيئا إلا بالحيازة إلى دار الإسلام؛ فالثياب بهذه المنزلة؛ لأنها من الغنائم،

---

(١) انظر ما تقدم (٥/٤٢).

(٢) وسيناقش المصنف هذه المسألة بإسهاب فيما سيأتي (٥/٥٩).

(٣) سيبين المصنف وجه المشابهة في نهاية الفصل الآتي.

فما يقولونه في الثياب؛ نقول مثله في غيرها.

وما ذكروه من لحوق جيش آخر بعد الغنيمة؛ فإنه لا شيء لهم فيها عندنا، وهي للغانمين الذين شهدوا الوقعة دونهم.

وعلى أن هذا يلزمهم؛ إذ القسمة في دار الحرب كان ينبغي أن يبطلوها؛ لأنها قسمت قبل حيازتها بدار الإسلام، فكأنه قسم بينهم ما لا حق لهم (٢٤) فيه.

فإن قيل: هي مسألة يسوغ فيها الاجتهاد، فإذا قسمها الإمام أو من يقوم مقامه في دار الحرب؛ مضى حكمه ولم ينقض.

قيل: فإذا كان الاجتهاد سابقا فيها ـ وقد ذكرنا ما ذكرناه من الدلائل والقياس على أصل في الغنيمة وهو الثياب ـ؛ فالاجتهاد الذي يؤدي إلى الجمع بين سائر أنواع الغنائم ويصحح مضي القسمة إذا حصلت؛ أولى من اجتهاد غيره.

فإن قيل: فإن النبي ﷺ إنما قسم غنائم خيبر لأنها لما فتحت؛ صارت من دار الإسلام، فلذلك قسمها بها؛ لأنهم إذا صاروا مقهورين وغلبة الإمام عليهم؛ صار ذلك الموضع من دار الإسلام.

قيل: فإذا كان الأمر على ما ذكرتم؛ فالمسألة إذن محال، ولا معنى لتأخير القسمة؛ لأن كل موضع يغنم وتقع الغلبة وينهزم عنه الكفار؛ فإنما يكون ذلك بغلبة من المسلمين، فالموضع الذي تحصل فيه الغنيمة قد صار من دار الإسلام على هذا الحساب، فلا معنى لقولكم: تؤخر القسمة إلى دار

الإسلام؛ لأن المكان الذي حصلت الغنيمة فيه وأخذت بغلبة وقهر قد حصل من دار الإسلام، فسقط الكلام في المسألة.

فإن قيل: قد اتفقنا على جواز أكل الغانمين من الطعام الذي غنموه في دار الحرب ما داموا فيها، وحظر ذلك عليهم بعد الإخراج منها، فلو كانوا قد استحقوا القسمة فيه؛ لمنعوا من الطعام كما منعوا منه بعد إخراجه إلى دار الإسلام، ألا ترى أن المال المشترك بين الجماعة لا يجوز لأحدهم تناوله إلا برضا من الجماعة، ولو تناوله؛ للزمه ضمانه، وفي اتفاقهم على أن لا ضمان في الطعام متى انتفع به الواحد من جملة الغانمين[1]؛ دلالة على ما ذكرناه.

قيل: هذا ينقلب عليكم فيقال: لو لم يتعلق لهم حق في الغنيمة؛ لكان لكل واحد منهم التصرف (٢٥) في الغنيمة كيف شاء، ويجوز [ ][2] بينهم فلما كنتَ تفرِّق بين الطعام وغيره، وتُجوِّز قسمة الثياب بينهم؛ دل على أن الطعام مخصوص لحاجتهم إليه، ولأنه لو منعوا منه حتى تقسم الغنيمة؛ لحقتهم المشقة والضرر، فصار ذلك مصلحة لجماعتهم، فكل من احتاج إليه أكل منه، ولأن الطعام أمره قريب، وربما تركوه وخرجوا ولم يأخذوه في الغنيمة.

على أن هذا يلزمهم في قسم الثياب.

فإن قيل: فإن المواضع التي يحصلون فيها من دار الحرب لا تصير من دار الإسلام بحصول الجيش فيها، ولو ثبت حقهم في الغنيمة قبل الحيازة

(١) انظر التمهيد (١٢/٢٧٧ ـ ٢٧٩).

(٢) ممحو بمقدار سطر.

إلى دار الإسلام ؛ لوجب أن يثبت حقهم في النفقة التي غلبوا عليها ، وإن لم تحصل حيازة فيها ، وفي اتفاقهم أن تلك النفقة لا تكون في دار الإسلام دلالة على أن ما لم تحصل فيه حيازة ؛ لم يثبت حق الغانمين فيه.

قيل: إن الأرض لا تصير للغانمين عندنا وإن فتحوها عنوة ، والأرض إذا ملكت ؛ كانت وقفا على سائر مصالح المسلمين[1] ، وهي مخالفة للغنيمة ،

(١) وقد تحدث المصنف عن هذا في مسألة مستقلة ، لكن كتاب الجهاد غير كامل ، وفي عيون المجالس (٧٣٧/٢ ـ ٧٤٢): «وكل ما افتتح أو يفتح عنوة ؛ فإن مالكا ـ ﷺ ـ لا يرى قسمته بين الغانمين ، ورأى أن يكون وقفا ، يصرف خراجها إذا ضرب عليها في مصالح المسلمين أبدا ، وهو الذي لا يسعه القليل من أرزاق المقاتلة والجند في أمصار المسلمين الذابين عن حريمهم ، ودمائهم ، وأموالهم ، وإصلاح سلبهم ، وبناء مساجدهم ، وتأمين شربهم ، ما لا تمكن الإحاطة به مما لا بد للمسلمين منه ، ولولا ذلك ؛ فسد الأمر ، ولم يمكن إصلاح ما لا بد منه إلا بالمال الجسيم ، ولا أعلمه إلا الخراج الذي تُدِرّه الأرض المفتتحة. وقال: فإن رأى الإمام العدل من الرأي في وقت من الأوقات قسمة الأرض إذا افتتحها بين الغانمين ؛ فعل ذلك ، ومضى على ما يراه من المصلحة فيه ، وقد وافقنا أبو حنيفة والشافعي على أن أرض السواد فتحت عنوة.

ويقول أبو حنيفة: إن عمر بن الخطاب ﷺ لم يقسمها بين الغانمين ، وإنما أقر سكانها فيها ، وضرب على أراضيها الخراج الذي هو الجزية وهي ملك لأصحابها. ويفرق بين المتاع وغيره وبين الأراضي. فيقول في الأراضي إذا غنمت: إن الإمام بالخيار بين أن يقسمها بين الغانمين وبين أن يملكها سكانها الذين هم فيها ، ويضرب عليها الخراج الذي هو الجزية ، وبين أن يجلي سكانها عنها ، ويأتي بقوم كفار غيرهم فيسكنهم فيها ، ويملكهم إياها ، ويضرب عليها الخراج ، وهو الجزية.

فوافقنا في أرض السواد وما فعله عمر ﷺ فيها ، وخالفنا فيما بعده من الخيار ، وقال: إن عمر ﷺ أقرها على أملاكهم وضرب عليها الخراج.

وقال الشافعي مثل قولنا: إنها فتحت عنوة ، لكن عمر ﷺ قسمها بين الغانمين ، الخمس لأهل الخمس ، وأربعة أخماسها للغانمين ، ثم رأى المصلحة في نقض القسمة فنقضها ،=

فلم يلزمنا نحن هذا، وإنما يلزم أصحاب الشافعي.

فأما ما سوى الأرض؛ فإنه غنيمة، ويتعلق حقهم فيها حين يغنمون وإن لم يكن ملكهم مستقرا عليها إلا بعد القسمة، غير أن لهم حق المطالبة بالقسمة حتى تتعين حقوقهم وتستقر، وإنما هي واقفة على أخذ الإمام الخمس، وهذا هو القسم.

وإنما استحببنا أيضا قسمتها في دار الحرب؛ لأنه ربما استضر الجيش بسَوقها، فإذا صار لكل إنسان منها شيء؛ حفظه كما يسهل عليه [وحامى][1] عنه إن طرأت حادثة، وفي قسمتها في دار الحرب أيضا حظ لهم؛ لأن كل واحد يسهل عليه أن يرضخ منها، وفي دار الإسلام يصير لها الثمن العالي، فربما شحوا [بإخراجها][2] (٢٦).

فَصْلٌ

والغنيمة لا يستقر ملك الغانمين عليها بنفس الغنيمة[3].

وبه قال أبو حنيفة[4].

وقال الشافعي: يملكون بنفس الغنيمة[5].

= وأن الإمام إذا استغنم الأراضي؛ فإنه لا يجوز له أن يقسمها بين الغانمين، وأن حكم الأرض حكم المتاع وغيره من المغانم.
وبقول مالك قال الأوزاعي ﷺ». وانظر أيضا الإشراف (٤/٤٤٩).

(١) كلمة غير ظاهرة بالأصل، وما أثبته أقرب إلى رسمها.

(٢) طمس بمقدار نصف سطر، والمثبت من السياق.

(٣) انظر الذخيرة (٣/٤١٩).

(٤) الهداية مع شرح فتح القدير (٥/٤٦٦ ـ ٤٦٧).

(٥) وللشافعية وجهان آخران: أحدهما: لا يملكون إلا بالقسمة، لكن لهم أن يتملكوا بين الحيازة=

واحتجوا بقول الله: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾[1].

فأضاف الغنيمة إليهم إضافة الملك.

والجواب عنه؛ أنه ليس معنى «غنمتم» ملكتم، وإنما الغنيمة عبارة عما أخذ من الكفار، ثم يتعلق لهم فيها حق وهو أنهم قد ملكوا أن يملكوا.

والدليل على أنهم لا يملكون بنفس الغنيمة؛ هو أنهم لو كانوا مالكين؛ لكان كل من له في الغنيمة أب أو ولد ممن يعتق عليه إذا ملكه يجب أن ينعتق عليه بنفس الغنيمة، [ويحاسب][2] به من قسمه، وكان يجب أيضا لمن تأخرت القسمة في العين [ ][3] قسمت أن يكون حول الزكاة على الغانمين من يوم غنموا، وفي اتفاقهم على أنه لا ينعتق عليهم من يلزمهم عتقه إلا بعد القسمة، ولا يكون حول الزكاة إلا من يوم حاز نصيبه بالقسمة؛ دلالة على أنه لم يملك بنفس الغنيمة.

وأيضا فقد «نهى النبي ﷺ عن بيع الغنائم قبل أن تقسم»[4].

= والقسمة. وهو أصح الأوجه كما قال النووي، والثاني: موقوف، فإن سلمت الغنيمة حتى قسموها؛ بان أنهم ملكوا بالاستيلاء، وإلا فإن تلفت أو أعرضوا؛ تبينا عدم الملك. انظر روضة الطالبين (١٠/٣٦٧).

(١) سورة الأنفال، الآية (٤١).

(٢) كلمة مطموسة، وما أثبته من السياق.

(٣) كلمة ممحوة.

(٤) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٠٧) وقال: غريب جدا. وقال ابن الهمام (٥/٤٦٧): غريب جدا.

فهو عام في كل غنيمة، سواء كانت بين جماعة محصورين أو غير محصورين، فلو كانوا مالكين بنفس الغنيمة؛ لكان بمنزلة مال بين شركاء لا يمتنع جواز بيع بعضهم نصيبهم منه.

وأيضا فإن مال الحربي على حكم الإباحة وإن كانت له عليه شبهة ملك، يدل على ذلك أن من أتلفه على الحربي؛ لم يتعلق عليه ضمان بإتلافه، ولكل أحد من الناس حق الأخذ منه كسائر المباحات، وإذا كان كذلك؛ لم يملك إلا بالقسم، دليله الصيد وسائر الأشياء المباحات لا تملك إلا بالحيازة والقبض.

وأيضا فلو كان حق الغانمين (٢٧) [ ][١] الغنيمة أن يكون حول الزكاة من ذلك اليوم، وإن وطئ جارية من المغنم قبل القسم؛ لم يحد[٢].

فإن قيل: فلو لم يملكوا بنفس الغنيمة؛ [لما جاز لهم الأخذ من الطعام][٣] وإن لم يحتج إليه.

قيل: الذي يمنع من ذلك هو وجود السبب الذي يتعلق به حقهم في الثاني وهو دخولهم دار الحرب على وجه القتل، وأخذ أموالهم على وجه الغلبة، وإذا كان هذا السبب موجودا؛ لم يجز له الانتفاع بماله منه، وليس

(١) ممحو بمقدار سطر وربع.

(٢) والحال أنه يجب عليه الحد؛ لأن الغنيمة لم تقسم بعد، وهذا هو المذهب في هذه المسألة، وذهب عبد الملك بن الماجشون إلى أنه لا حد عليه، وهو قول الشافعي. وأما أبو حنيفة فلا يرى الحد مطلقا في دار الحرب. وسيناقش المصنف هذه المسألة الأخيرة، أعني إقامة الحد في دار الحرب. وانظر الإشراف (٤/٤٢٧ ـ ٤٢٧) والحاوي الكبير (١٤/٢٣٥) والتجريد (١٢/٦١٩٦ ـ ٦١٩٧).

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من السياق، ومن جواب الاعتراض.

كذلك الطعام ؛ لأنه لا بد له من الانتفاع به ، فأبيح ذلك له مع وجود السبب لحاجته إليه.

فإن قيل: إن الملك لو لم يحصل بالغلبة ؛ لم تحصل قسمة الإمام قبل الإحراز.

قيل: إنما جازت القسمة لأنه قد تعلق لهم حق ، ولكن لا يتقرر ملكهم إلا بالأخذ ، ألا ترى أن الشفيع له المطالبة حتى يحكم له الحاكم ، فحينئذ يتقرر ملكه على ما فيه الشفعة(١). وبالله التوفيق.

مسألة (٤):

ومن دخل دار الحرب وحده متلصصا فغنم ؛ أُخذ منه الخمس ، ولم يفصل مالك بين من دخلها بإذن الإمام أو غير إذنه(٢).

وبه قال الشافعي(٣).

ومن أصحابه من قال: إن دخلها بغير إذن الإمام ؛ لم يخمس(٤).

---

(١) الشفعة في الملك معروفة ، وهي مشتقة من الزيادة ؛ لأن الشفيع يضم المبيع إلى ملكه فيشفعه به ، كأنه كان واحدا وترا فصار زوجا شفعا ، والشافع هو الجاعل الوتر شفعا. النهاية (٤٧٤).

(٢) انظر الكافي (٢١٥) المعونة (٤٥٤/١).

(٣) انظر الحاوي الكبير (٤٢٦/٧ ـ ٤٢٧) و(٢٠٥/١٤ ـ ٢٠٦).
وعن أحمد فيه ثلاث روايات: أحدها: مثل مذهب الشافعي. والثانية: مثل مذهب أبي حنيفة. والثالث أنه لا حق لهم فيه. وهذه الروايات فيما إذا كانوا جماعة لا منعة لهم ودخلوا بغير إذن الإمام. وأما إن كانت لها منعة ؛ ففيه روايتان: إحداهما: لا شيء لهم ، وهو فيء للمسلمين. والثانية: يخمس والباقي لهم ، وهذا أصح. انظر المغني (٧٠٧/١٢ ـ ٧٠٩).

(٤) وإليه ذهب ابن كج ، وقال النووي: وهو باطل. روضة الطالبين (٣٧٦/٦).

وقال أبو حنيفة: لا خمس فيه حتى تكون جماعة لهم منعة.

وقال أبو يوسف: إذا كانوا تسعة؛ ففيه الخمس[١].

والدليل على أنه يخمس سواء كانت جماعة ممتنعة أو غير ممتنعة؛ قوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾[٢].

فأوجب الخمس في الغنيمة[٣]، وهو خطاب يقتضي الجماعة وكل واحد منهم عموما، فسواء غنم الواحد أو غنمت الجماعة؛ ففي كل غنيمة الخمس إلا أن تقوم (٢٨) [ ][٤] غنمه الجماعة دون الواحد، والخطاب إذا تضمن الجماعة؛ كان عاما إلا أن تقوم دلالة.

قيل: إذا خاطب الله الجماعة بخطاب يقتضي [العموم][٥]؛ كان كل واحد منهم مخاطبا به، كقوله: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾[٦] و﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾[٧].

ولو لم يتضمن الخطاب كل واحد في نفسه؛ لم يتضمن دخوله في الجماعة.

---

(١) التجريد (٦١٤١/١٢ ـ ٦١٤٣) بدائع الصنائع (٤٧٤/٩ ـ ٤٧٦).

(٢) سورة الأنفال، الآية (٤١).

(٣) الغنيمة عند العرب المال المأخوذ بالقهر والغلبة، وما يأخذه اللص يسمى سرقة، وما يأخذه الواحد يسمى خلسة، ولا يقال له غنيمة. التجريد (٦١٤٢/١٢).

(٤) ممحو بالأصل بمقدار سطر.

(٥) في الأصل: العادة.

(٦) سورة البقرة، الآية (٤٢).

(٧) سورة التوبة، الآية (٥).

فإن قيل: الواحد المفرد لا يتقوى بغيره، وإذا كان في جملة الجماعة؛ يقوى بهم.

قيل: إذا كان وحده ولم يتقو بغيره؛ حصلت أربعة أخماس ما غنم له وحده، قليلة كانت أو كثيرة، وهذا لا يمنع أخذ الخمس منه وترك الباقي له، ألا ترى أنه إذا وجد ركازا[1] ـ وهو دفن الجاهلية ـ؛ وجب فيه الخمس، والباقي له، فتعلق الخمس بالغنيمة لا يختص بالواحد دون الجماعة، ولا بالجماعة دون الواحد.

وأيضا فإنه مال مأخوذ بحق من يد مشرك بقهر[2]؛ فوجب أن يكون مخموسا، دليله إذا كانت جماعة[3]، أو كان بإذن الإمام[4].

فإن قيل: فإن الإمام لم يتضمن نصرة هذا الواحد، ولا أذن له في دخول دار الحرب، فمتى أخذ شيئا؛ فقد حصل أخذه وحده من غير ظهر الإمام، فوجب أن لا يخمس، مثل أن يأخذ سائر الأشياء المباحة، فلا يتعلق بها وجوب الخمس.

---

(١) الركاز عند أهل الحجاز كنوز الجاهلية المدفونة في الأرض، وعند أهل العراق: المعادن، والقولان تحتملهما اللغة، لأن كلا منهما مركوز في الأرض، أي: ثابت، يقال: ركزه يركزه ركزا إذا دفنه، وأركز الرجل إذا وجد الركاز، والحديث إنما جاء في التفسير الأول وهو الكنز الجاهلي، وإنما كان فيه الخمس لكثرة نفعه وسهولة أخذه. النهاية (٣٧٤).

(٢) القهر لا يظهر في الواحد، فتأمل.

(٣) الجماعة الممتنعة ما يأخذونه يكون بظهر جماعة المسلمين، إذ لا يجوز لهم تركهم والقعود عنهم إن أصيبوا، لما في مصابهم من الوهن على الإسلام، فلذلك يخمس ما يأخذونه. التجريد (٦١٤٢/١٢).

(٤) إذا دخل بإذن الإمام؛ فإن جماعة المسلمين نصرته، فصار ما يأخذه بظهرهم يثبت حقهم فيه، وإذا دخله بغير أمره؛ لم تلزم نصرته؛ لأن مصاب الواحد لا يقدح في المسلمين. التجريد (٦١٤٢/١٢).

قيل: هذا أولى بأخذ الخمس منه، فأما الأشياء المباحة؛ فإن كان مثل الطعام وغيره مما أبيح للغانمين؛ فلا فرق فيه بين الواحد والجماعة.

على أن الخمس للوجوه التي ذكرها الله تعالى إنما هي على وجه المواساة لهم، كما جعل لهم مواساة في الزكاة، فلا فرق بين أن يغنم[1] الواحد والجماعة، كمن له نصاب، وكمن وجد ركازا.

فإن قيل: قد اتفقنا على أن الجيش متى غنم (٢٩) [ ][2]

قيل: إذا لم يشركهم باقي المسلمين في أربعة أخماس ما غنموه لما ذكرتم؛ فكذلك لا يشركون الواحد في أربعة أخماسه، ولا يمنع هذا من أخذ الخمس منه كما لا يمنع أخذ الخمس مما غنمه الجماعة وإن لم يشركهم غيرهم فيه، وهذا ينبغي أن يفصل، فإن كان هذا خرج من العسكر ودخل متلصصا؛ أخذ منه الخمس، وشركه باقي العسكر في الباقي كالسرية، وليس عصيانه للإمام وتلصصه مما ينبغي أن لا يشركه أهل الخمس وباقي العسكر؛ لأنه إذا دخل متلصصا؛ فإنما يدخل متقويا بالعسكر، وبهم وصل إلى ما يريد، فإن كان خرج من بلده وحده ودخل دار الحرب متلصصا؛ فإنه ينفرد بأربعة أخماس ما أخذه، ولا يمنع ذلك أخذ الخمس منه على الوجه الذي ذكرناه.

فإن قيل: فإن حق الخمس ثبت في الأموال التي وصلت من أيدي الكفار إلى المسلمين على وجه التعاون والتظاهر، يدلك عليه أن [الركاز][3]

---

(١) بالأصل: يقيم.

(٢) طمس ومحو بمقدار أربعة أسطر.

(٣) في الأصل: الزكاة، والمثبت من السياق.

لما تعلق به الخمس؛ فإنه يتعلق لوصوله إلى المسلمين بمعاونة الجماعة، وما أخذ من دار الحرب من الركاز؛ فلا خمس فيه؛ لأنه لم يصل إلى المسلمين بمعاونة الجماعة، وكذلك الفيء لم يصل بمعاونة الجماعة، وإنما هو حق يوضع عليهم على وجه الصلح برضاهم، أو بأن يؤخذ منهم كرها بعد الغلبة على رقابهم لم يتعلق به خمس، فبان بهذا أن الحق يتعلق بما أخذ من أيدي أهل الشرك على وجه التعاون والغلبة، وهذا المعنى لا يوجد فيما إذا دخل دار الحرب وحده (٣٠).

قيل: [   ][١] فما أخذه الواحد والركاز هذه صورته من وجده أخذ منه الخمس، فلا فرق بينه في دار الحرب وغيرها، وأما الفيء[٢]؛ فجملته للمسلمين، فهو كالخمس عندنا.

على أنه ليس في خروج الواحد أكثر من التغرير بنفسه والتعريض للقتل، وهذا معنى قد أبيح له، يدل على ذلك ما روي أن رجلا سأل النبي ﷺ فقال: «أرأيت إن قتلت صابرا محتسبا ما لي؟ فقال: لك الجنة»[٣].

وقد قال الله تعالى: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ يُقَٰتِلُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ فَيَقْتُلُونَ وَيُقْتَلُونَ﴾[٤].

---

(١) طمس بالأصل بمقدار سطر.

(٢) «الفيء كل ما أخذ من كافر على الوجوه كلها بغير إيجاف خيل ولا ركاب ولا قتال، ومنه جزية الجماجم وخراج الأرضين كلها، ما كان منها صلحا أو عنوة، وما أخذ على المهادنة وما طرحته الريح من مراكب العدو، وكل ما حصل بأيدي المسلمين من أموال الكفار بغير قتال من تجار أهل الذمة وغيرهم». قاله ابن عبد البر في الكافي (٢١٦) وانظر أيضا الذخيرة (٤٣٢/٣).

(٣) أخرجه بنحوه مسلم (١١٧/١٧٧٥).

(٤) سورة التوبة، الآية (١١١).

وهذا لا يمنع من أخذ الخمس مما غنمه، ويكون له الباقي.

فإن قيل: فإن الخروج على هذا الوجه ممنوع منه، يدلك عليه ما روي أن النبي ﷺ قال: «لا يدخل الجنة عاص، يعني عاصي الأمير»[1].

ومن دخل دار الحرب بغير إذن أمير الجيش؛ فهو عاص له.

وأيضا فإن الواحد متى دخل وحده بغير إذن الإمام؛ لم يؤمن أن يظفر به، فيخبر بأمور المسلمين، فيعود ذلك إلى ضررهم، وليس كذلك إذا دخله بإذن الإمام؛ لأن له أن يعرضه لتعريفه أخبار المسلمين متى بانت في ذلك مصلحة.

قيل: ليس يمتنع من هذا لأنه يكون عاصيا للإمام، وإنما هو لشدة تغريره بنفسه، وإنما يكون عاصيا للأمير إذا كان معه ونهاه عما فيه مفسدة، فأما رجل يقوى إيمانه على أن يغتال الكفار، ويضعفهم بأخذ ما في أيديهم، ويقتلهم إن تمكن من ذلك، ويغلب على ظنه أنه يسلم؛ فهذا مطيع ليس بعاص.

وما ذكروه من أنه لا يؤمن أن يظفر به؛ فهذا موجود في السرية، وفي الذي يسرع للقتال، ويحمل نفسه على ما لا يحملها غيره، ثم لا يؤمن فيمن دخلها وحده بإذن الإمام. وبالله (٣١) التوفيق.

---

(١) أخرجه الطبراني في الكبير (٢٠/٨٦) بنحوه من حديث معاذ، وقال في المجمع (٥/٢٨٣): «فيه عمرو بن واقد متروك». وورد أيضا من حديث أبي الدرداء، قال في المجمع (٥/٢٨٤): «رواه الطبراني، وفيه عمر بن رويبة، هو متروك».

مسألة (٥):

قال: والذين يستحقون الغنيمة هم الذين شهدوا الوقعة، وجاءوا قبل حصول الغنيمة، فكل من جاء قبل تقضي الحرب وقبل [حيازة الغنيمة][١]؛ شارك في الغنيمة، [وكل من جاء بعد تقضي الحرب وحيازة الغنيمة][٢]؛ فلا يستحق من الغنيمة شيئا، سواء كانت الغنيمة في دار الحرب، أو نقلت إلى دار الإسلام[٣].

هذا مذهبنا ومذهب الشافعي، والليث وبن سعد، والأوزاعي، وأحمد، وأبو ثور[٤].

وهو مذهب أبي بكر وعمر[٥].

وقال أبو حنيفة: إذا لحقهم المدد بعد تقضي الحرب [وإحازة][٦] الغنيمة؛ شاركوهم في الغنيمة إذا كانت بعدُ في دار الحرب ولم تقسم، فإن خرجت من دار الحرب إلى دار الإسلام ثم جاءهم مدد؛ لم يشاركوهم فيها[٧].

---

(١) في الأصل: إجازة القسمة، والتصحيح من عيون المجالس.

(٢) ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس.

(٣) انظر الإشراف (٤/٤٣٤ ـ ٤٣٥) المعونة (١/٤٥٠ ـ ٤٥١).

(٤) الأم (٥/٣٢١) و(٩/١٩٤ ـ ١٩٧) الحاوي الكبير (٧/٤٢٥ ـ ٤٢٦) و(١٤/١٥٩ ـ ١٦١) روضة الطالبين (٦/٣٧٧) المغني (١٢/٦٢٢ ـ ٦٢٣).

(٥) انظر الأوسط (٦/١٥١ ـ ١٥٥) وسيأتي تخريج أثريهما.

(٦) في الأصل: إجازة، والتصحيح من عيون المجالس.

(٧) التجريد (٧/٤١٥٢ ـ ٤١٥٧) الهداية مع شرح فتح القدير (٥/٤٦٧ ـ ٤٦٩).

ولنا في المسألة الكتاب، والسنة، وما يجري مجرى الإجماع، وما يوجبه القياس.

فأما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾[1].

فأضاف الغنيمة إلى الغانمين، وهم الذين غنموا، ومن لم يحضر الوقعة؛ لم يغنم، ولا دخل في جملة من غنم، وإذا تقضت الحرب وحصلت الغنيمة؛ فمن حضرها؛ يقال: إنه غنم، ومن جاء بعدها وقد حيزت الغنيمة؛ لا يقال: إنه غنم شيئا، فلا يشارك الغانمَ من لم يغنم إلا بدلالة.

وأما السنة؛ فما رواه أبو هريرة «أن رسول الله ﷺ بعث أبان بن سعد بن العاصي في سرية قِبل نجد، فرجع وقد فتح النبي عليه السلام خيبر، فسأله أبان أن يقسم له، فلم يفعل»[2].

والاقتداء بفعله عليه السلام واجب، وتركه أن يقسم له يدل على أنه لم يستحق في الغنيمة شيئا، وأن من لحق بعد تقضي الحرب وإحازة الغنيمة؛ لا سهم له فيها، وإن كانت الغنيمة بعدُ في دار الحرب؛ لأن خيبر كانت دار حرب.

وقد روى أبو بكر الصديق رضي الله عنه أن رسول الله ﷺ قال: «الغنيمة (٣٢) لمن شهد الوقعة»[3].

---

(١) سورة الأنفال، الآية (٤١).

(٢) أخرجه البخاري (٢٧٢٧).

(٣) أخرجه البيهقي (٩/٧٦) عن أبي بكر الصديق موقوفا عليه، وفيه انقطاع كما قال الحافظ في التلخيص (٣/١٠٧)

وأخرجه الشافعي في الأم (٩/٢٠٣) وعبد الرزاق (٩٦٧٩) وابن أبي شيبة (٣٣٧٧٧)=

فإن كانت تسمى غنيمة [وهي][1] في دار الحرب؛ فهي لمن شهد الوقعة، وإن كانت لم تكن له غنيمة إلا بعد إخراجها إلى دار الإسلام؛ فقد جعلها أيضا لمن شهد الوقعة دون من لم يشهدها.

أما الإجماع؛ فما روي عن أبي بكر وعمر ـ رحمة الله عليهما ـ أنهما قال: «الغنيمة لمن شهد الوقعة»[2].

ولا مخالف لهما.

فإن قيل: فقد روى الشعبي أن عمر بن الخطاب ـ ﵁ ـ كتب إلى عمرو بن العاصي: «من جاء قبل أن تتفقأ القتلى؛ فاقسم له»[3].

يعني: قبل أن ينفطر القتل.

قالوا: والقتل لا ينقضي إلا بعد أيام، فعلم أنه يشاركهم، ويستحق السهم من جاء بعد الحرب والإحازة.

قيل: عنه جوابان:

= والبيهقي (٩/٧٦) موقوفا على عمر بسند صححه البيهقي والحافظ في التلخيص (٣/١٠٧).
وروي أيضا عن علي أخرجه ابن عدي في الكامل (٢/٥٧) والبيهقي (٩/٧٧)، وفيه البختري بن المختار، صدوق كما في التقريب (١٢٠).
وأخرجه الطبراني مرفوعا وموقوفا كما في التلخيص (٣/١٠٢) وقال ابن الملقن: «وهو غريب مرفوعا، إنما نعرفه موقوفا». البدر المنير (٧/٣٣٢).

(١) كلمة غير ظاهرة بالأصل، والمثبت أقرب إلى رسمها.

(٢) انظر الحديث قبله.

(٣) أخرجه البيهقي (٩/٧٧) ونقل عن الشافعي قوله: «هذا غير ثابت»، وقال البيهقي: «هو منقطع، وراويه مجالد، وهو ضعيف».

أحدهما: أن هذا رواه الشعبي عن عمر، وقد تكلم فيه.

والثاني: وهو أن هذا الاعتبار ساقط بالإجماع؛ لأننا نقول: إذا تقضت الحرب وحيزت الغنيمة؛ لم يشاركوهم إذا لم يقسم وهي في دار الحرب، سواء انفطرت القتلى أم لا.

وعلى أنه يحتمل أن يكون أراد ما دام الناس في الوقعة وبينهم قتلى، فمن جاء ثم انقضت الحرب وحصلت الغنيمة؛ فإنه لا يشاركهم، فإذا احتمل هذا مع ما بيناه؛ لم يُقض به على قوله المفسر: إن الغنيمة لمن حضر الوقعة.

فإن قيل: فإن عمر كتب إلى عمار وهو في نهاوند، ـ ونهاوند كانت دار الإسلام ـ: «إن الغنيمة لمن حضر الوقعة»[(١)].

وعندنا أن الغنيمة إذا حصلت بدار الإسلام؛ لم يشركهم من جاء بعد.

قيل: إننا إنما احتججنا بقوله: «الغنيمة لمن حضر الوقعة» و«لمن شهد الوقعة»، و«إنما» هي من حروف [الحصر][(٢)]، فدليله أن من لم حضر الوقعة ولم يشهدها؛ فلا شيء له.

وقد روينا عن النبي ﷺ: «الغنيمة لمن شهد الوقعة»[(٣)].

فهو عام في كل وقعة، سواء كانت في دار الإسلام أو غيرها، إذ لو كانت [ ][(٤)] طريق الاعتبار (٣٣) فلا خلاف أن الغنيمة إذا قسمت ثم لحقهم

(١) تقدم تخريجه (٥/٦٠).
(٢) كلمة غير ظاهرة، والمثبت من السياق.
(٣) تقدم تخريجه (٥/٦٠).
(٤) ممحو بمقدار كلمتين.

المدد بعد ذلك ؛ لم يشاركوهم ، كذلك إذا لحقهم قبل القسمة ، بعلة أنه لحوق مدد بعد تقضي الحرب وحصول الغنيمة ، فوجب أن لا يشاركوهم فيها ، دليله إذا حضروا بعد [القسمة][1].

وأيضا فإن كل مدد إذا لحقوا بعد القسمة ؛ لم يستحقوا منها شيئا ، فإذا لحقوا [قبل][2] الغنيمة ؛ لم يستحقوا شيئا ، دليله إذا كان القتال في دار الإسلام ، فجاء للمسلمين مدد.

وأيضا فلا خلاف أن المشركين إذا أسروا من المسلمين ثم تقضت الحرب فانفلتوا من أيديهم ، وجاءوا ؛ أنهم لا يشاركونهم في الغنيمة ، كذلك غير الأسارى ، أعني أنهم أسروا قبل حضور الوقعة ؛ لأنه اتصال منهم بعد انفصال الحرب ، فوجب أن لا يشاركهم في الغنيمة الأسرى ، وهذا أصل جيد يكسر عليهم ما يقولونه.

فإن قيل: فإنهم إذا كانوا في درا الحرب ؛ لم يستقر حكم الغنيمة ؛ لأن الخوف من العدو ومن رجوعهم وكيدهم باق ، فالمدد يقويهم ، ويستقر به حكم الغنيمة.

قيل: هذا ينكسر به إذا حصلت [القسمة][3] في دار الحرب ثم لحقهم المدد ، أو انفلت الأسارى الذين ذكرناهم فلحقوا بهم.

على أن الخوف بعد القهر والغلبة مأمون في الأغلب.

---

(١) في الأصل: الغنيمة ، وما أثبته هو الصواب الموافق للسياق.
(٢) هكذا بالأصل ، ولعل الصواب: بعد.
(٣) في الأصل: الغنيمة ، وما أثبته هو الصواب الموافق للسياق.

وأيضا فإن المحاربين يستحقون ـ إذا قاتلوا وأخذوا المال ـ العقوبة على مقدار ما ذكر الله تعالى في آية المحاربين، والغانمون يستحقون الغنيمة بالقتال وحضور الوقعة، ثم قد تقرر أن المحاربين إذا جاءهم مدد وعون لهم بعد فراغهم من القتل وأخذ المال ولم يكن من المدد شيء؛ لم يشركوهم في العقوبة، كذلك الغانمون إذا جاءهم المدد بعد أن ظفروا وأخذوا المال؛ وجب أن لا يشركوهم في الغنيمة؛ لأن أبا حنيفة يقول كما نقول: إنه يشركهم من كان عونا لهم وردءا مثل الطليعة وغيرها. (٣٤) [فإن الجيش يشركهم][(١)] وإن لم تكن منه مباشرة بفعل، فأما من جاء بعد ظفرهم وأخذهم ما أخذوه؛ فلا شيء عليه مما عليهم، وينظر في أمره بغير ما ينظر في أمرهم وليس لهم من هذا شيء.

فإن قيل: فقد روي أن رسول الله ﷺ بعث عبد الله بن عامر في جيش إلى أوطاس، فورد على النبي ﷺ وقد فتح ﷺ خيبر، فشرك بينهم وبين من كان معه بخيبر في الغنيمة[(٢)].

فدل على أن المدد يستحق الشركة، وإن لحقوهم بعد تقضي الحرب وحوز الغنيمة.

قالوا: وهذه المسألة مبنية على أصولنا، وذلك أن الغنيمة لا تملك في دار الحرب، فإذا لم تملك؛ فكل من جاء شاركهم فيها؛ لأنها لم تصر ملكا لهم.

---

(١) طمس بالأصل، والمثبت أقرب إلى رسمها.

(٢) أخرجه البخاري (٣١٣٦) ومسلم (٢٥٠٢/١٦٩) من حديث أبي موسى الأشعري.
وقال النووي في شرحه (٥٤/١٦): «هذا الإعطاء محمول على أنه برضا الغانمين، وقد جاء في صحيح البخاري ما يؤيده، وفي رواية البيهقي التصريح بأن النبي ﷺ كلم المسلمين فشركوهم في سهمانهم».

والدلالة على أنها لم تملك ما لا خلاف فيه أن المسلمين إذا حضروا وقاتلوا العدو حتى أخرجوهم من ديارهم وأرضهم، وقعد المسلمون فيها، ثم عاد العدو فكر عليهم فأخرج المسلمين من تلك الأرض والديار، ثم جاء جيش آخر للمسلمين فدفع العدو عن تلك الأرض؛ كانت الأرض ملكا للجيش الثاني لا الأول، فلو كان الجيش الأول قد ملك الأرض [قبلُ][1]؛ لم تصر ملكا للجيش الثاني، فإذا ثبت أنهم لا يملكون الأراضي؛ ثبت في سائر الغنيمة؛ إذ لا أحد يفرق.

قيل: أما الخبر؛ فلا حجة لكم فيه؛ لأن النبي ﷺ إنما شرك بين من كان مع عبد الله بن عامر وبين من كان معه ﷺ بخيبر لأنه اعتبرهم سرية من الجيش الذي كان معه [حين][2] مضوا إلى أوطاس عونا للمسلمين في تلك المعركة، وعندنا أن الإمام إذا خرج في غزاة ومعه الجيش وهو قاصد إلى ناحية أخرى معونة (٣٦) لقلوب أولئك حتى لا يعينوا من قد قصده، وليضعفهم، أو ليفتح الناحية التي قد أنفذ السرية إليها، فهذه غزاة واحدة يشرك بين من أنفذه وبين من أقام معه، ولم يكن خلافنا فيمن كان ردءا وعونا للمسلمين في غزاتهم، وإنما الخلاف فيمن جاء بعد الوقعة وحصول الغنيمة، ولم يكن مشغولا في شيء من أمورهم، فسقط ما احتجوا به من ذلك.

وأما ما ذكروه من حديث الأراضي والديار وأنها للجيش الثاني؛ فإننا نقول: لا يملك الأراضي الجيش الأول ولا الثاني، ومن حازها منهم؛ فهو

(١) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

(٢) بالأصل: حتى.

وقف على المسلمين كلهم إلى يوم القيامة[1].

على أنه لا يلزم من الوجه الذي ذكروه، وذلك أنه لو حصلت للجيش الأول ثم ظفر العدو بها دفعة أخرى؛ صارت لهم عليه شبهة ملك، فإذا صارت إلى الجيش الثاني؛ ملكوها عن الكفار بعد أن صارت لهم عليها شبهة، كما لو أخذوا شيئا للمسلمين ثم أخذه قوم من المسلمين من أيديهم، ثم يظفر المسلمون بهم فيأخذونه من أيديهم؛ فإنه لصاحبه الأول[2].

وأما قولهم: «إن هذا مبني على أصلنا في أن الغانمين لا يملكون الغنيمة»؛ فإننا نحن نقول: إن ملكهم لا يستقر عليها إلا بالقسم، ولكن قد تعلق لهم بها حق المطالبة، ولم يتعلق لمن جاء بعدهم من المدد شيء من ذلك.

فإن قيل: فإنه مال مشرك تجمعوا عليه في دار الشرك؛ فوجب أن يكون بينهم، أصله إذا حضروا كلهم الوقعة.

وأيضا فإن المدد إذا لحقهم بعد تقضي الحرب وإحازة الغنيمة؛ فإنهم ينقلون الغنيمة إلى دار الإسلام بقوة هذا المدد ومعاونتهم؛ لأنهم ما داموا في دار الحرب لا يؤمن كر العدو وعودتهم، فالخوف باق، فإذا كانوا ينقلون الغنيمة بقوتهم ومعونتهم؛ وجب أن يكون بينهم، وأن يصير لهم سهم في الغنيمة.

قيل: أما القياس الذي (٣٦) ذكرتم أنه مال مشرك تجمعوا عليه؛ فهو منتقض بالأسارى إذا أفلتوا من يد العدو ثم حضروا بعد حوز الغنيمة، ومنتقض بما إذا وقعت القسمة.

---

(١) انظر ما تقدم حول هذا (٥/٤٨ ـ ٤٩).

(٢) وسيأتي الكلام عليه.

وقولهم: «إنهم ينقلونها من دار الحرب بمعاونة المدد»؛ فهو أيضا منتقض بحضور الأسارى وقد تمت القسمة، فإنهم ينقلون ما حصل لهم بتقوية الأسارى والمدد وإن لم يكن للمدد فيها شيء.

وعلى أن الغنيمة عندنا تقسم في دار الحرب.

وعلى أن المعنى هو حضورهم الوقعة، ولحضور المدد الوقعة تأثير وتقويته على الظفر والقهر حتى تحصل الغنيمة، وليس كذلك بعد تقضي الحرب والقهر والغلبة وحوز الغنيمة، فسقط ما ذكروه. وبالله التوفيق.

مَسْألة (٦):

ولا يُقتل الرهبان وأهل الصوامع والشيخ الفاني[١].

وبه قال أبو حنيفة[٢].

وللشافعي قولان:

أحدهما: مثل قولنا.

والآخر: أنه يجوز قتلهم، وهو الأصح من قوله[٣].

وهذا فيمن اشتغل عن المسلمين وقتالهم بعبادته، أو لأنه لا جلَد فيه

(١) انظر الكافي (٢٠٧) الإشراف (٤/٤١٩ ـ ٤٢٠) المعونة (١/٤٦٠) بداية المجتهد (٣/٤٢٢ ـ ٤٢٤).

(٢) بدائع الصنائع (٩/٣٩٧ ـ ٤٠٠).

(٣) الحاوي الكبير (١٤/١٩٢ ـ ١٩٤) روضة الطالبين (١٠/٢٤٣ ـ ٢٤٤).

ولا بطش، ولا تدبير، ولا مضرة على المسلمين في تبقيته.

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ﴾[1].

وقال: ﴿وَقَـٰتِلُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَـٰتِلُونَكُمْ﴾[2].

وهو مأخوذ من المقاتلة، وهي المفاعلة كالمضاربة والمشاتمة، لا تكون إلا من اثنين، كل واحد منهما يفعل بصاحبه مثل ما يفعل به صاحبه، فدل هذا على أن من لم يقاتِل لم يقاتَل، ألا ترى أنه لا يقال «قاتلوا الأطفال» لأنهم لا يوصفون بالقتال، وإذا تضمنت الآية وجوب قتال من يقاتل بنفسه؛ فأصحاب الصوامع والشيخ الفاني لا يباشرون القتال في العادة.

وأيضا فإن النبي ﷺ كان إذا بعث جيشا يقول: «اخرجوا بسم الله، قاتلوا في سبيل الله من كفر بالله، اغزوا ولا تغدروا، ولا تمثلوا، ولا تغلوا، ولا تقتلوا الولدان ولا أصحاب الصوامع»[3]. (٣٧)

فنهى عن قتلهم، والنهي إذا تجرد؛ اقتضى التحريم.

وأيضا فإن رسول الله ﷺ مر بامرأة مقتولة، فقال: «ما لها قتلت وإنها لا تقاتل»[4].

---

(١) سورة التوبة، الآية (٢٩).

(٢) سورة البقرة، الآية (١٩٠).

(٣) أخرجه مسلم (٣/١٧٣١) دون قوله: «ولا أصحاب الصوامع»، وسيأتي بمعناه أحاديث كثيرة. وانظر التمهيد (١٢/٢١٧ ـ ٢١٧).

(٤) أخرجه عبد الرزاق (٥/٢٠١) وابن حزم في المحلى (٥/٣٤٧) البيهقي (٩/١٥٥) وقال ابن حزم: «فيه المُرقِّع مجهول». =

فنبه على أن المعنى المانع من قتلها عدم القتال منها، وأصحاب الصوامع والشيوخ لا يقاتِلون، فالعلة فيهم موجودة.

وأيضا فقد روي عن أبي بكر ـ رضوان الله عليه ـ أنه نهى عن قتل الشيوخ وأصحاب الصوامع(١).

ولا مخالف له في الصحابة، فجرى مجرى الإجماع.

وأيضا فإنه شخص لا قتال فيه في العادة، ولا يُخاف منه، فوجب أن لا يقتل، دليله النساء والصبيان.

وقد روى زيد بن علي، عن أبيه، عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه **أن النبي** ﷺ كان إذا بعث جيشا من المسلمين إلى المشركين قال: «انطلقوا بسم الله، وفي سبيل الله، إلى أن قال: ولا تقتلوا وليدا ولا طفلا، ولا امرأة، ولا شيخا كبيرا»(٢).

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلۡأَشۡهُرُ ٱلۡحُرُمُ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾(٣).

وهذا عموم في كل مشرك إلا أن تقوم دلالة.

= وقال فيه ابن حجر في التقريب (٥٢٥): «مرقع ـ بضم أوله وفتح ثانيه، وكسر القاف المشددة ـ ابن صيفي: صدوق».

(١) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٥/١٩٩ ـ ٢٠٠) والبيهقي (٩/١٤٥ ـ ١٤٦) وإسناده منقطع؛ لأن يحيى بن سعيد لم يسمع من أبي بكر.

(٢) أخرجه ابن حزم في المحلى (٥/٣٤٩) والبيهقي (٩/١٥٤) وقال ابن حزم: «قيس بن الربيع ليس بالقوي، وعمر مولى عنبسة ليس بمعروف». وقال البيهقي: «في هذا الإسناد إرسال وضعف، وهو بشواهده مع ما فيه من الآثار يقوى».

(٣) سورة التوبة، الآية (٥).

قيل: هذا مخصوص بنهيه عن قتل الشيخ الكبير، وبالتنبيه على ترك قتال من لم يقاتل، كما خص منها النساء والولدان.

فإن قيل: فقد روي أن دريد بن الصمة كان له مائة وخمسون سنة، وكان مطروحا في شجار[1]، يعني محملا على رأس جبل، فقتل يوم هوازن، فلم ينكر النبي ﷺ قتله، فدل على جوازه[2].

قيل: هذا قضية في عين، فيحتمل أن يكون لما كان في رأس جبل أن يكون يدل على المسلمين ويدعو على المسلمين فيجوز قتله، بدليل نهيه عن قتل الشيوخ، وهو نهي عام، وقد ذكرنا السنة والقياس، فلا يسقط بقضية في عين محتملة.

فإن قيل: فإنه ذكر مكلف جريء، فوجب أن يجوز قتله، أصله الشبان.

قيل: قد ذكرنا قياسا بإزائه، وبدليل النهي عن قتل الشيوخ، وبأن القتال معدوم منه في (٣٨) العادة، فرده إلى من هو مثله أولى.

فإن قيل: فإنه لا خلاف أن الشيوخ إذا دخلوا دار الإسلام على أن يقيموا فيها أنهم لا يُقَرون إلا بالجزية، فلما كان الشيوخ كالشبان في أخذ الجزية على مقامهم في دار الإسلام؛ وجب أن يستووا كلهم في جواز القتل.

قيل: إنما أخذنا منهم الجزية لأنهم يحصلون مع المسلمين، فربما تجسسوا عنهم أو أخرجوا أخبارهم، مع كونهم ممن يقاتل، وله مثل حرمتهم،

---

(١) الشجار مركب مكشوف دون الهودج، ويقال: مَشجر أيضا. النهاية (٤٦٧).

(٢) أخرجه بهذا السياق البيهقي (٩/١٥٧) من قول الشافعي، فهو معضل. وقصة قتل دريد بن الصمة أخرجها البخاري (٤٣٢٣) ومسلم (٢٤٩٧/١٦٥).

أعني حرمة من تجب عليه الجزية من أهل الذمة، ليس عليه أخذ الجزية في جواز قتلهم، ألا ترى أنكم تأخذون الجزية ممن أسلم وعليه جزية متقدمة ولا يجوز قتله، والذمي نفسه نأخذ منه الجزية ولا يجوز قتله.

وقد روى ابن عباس أن النبي ﷺ كان إذا بعث جيوشه قال: «لا تقتلوا أصحاب الصوامع»[(١)].

وقد روى أنس بن مالك قال: «كنا إذا استنفرنا نزلنا بظاهر المدينة حتى يخرج إلينا رسول الله ﷺ فيقول: انطلقوا بسم الله، وفي سبيل الله، تقاتلون من كفر بالله، لا تقتلوا شيخا فانيا، ولا طفلا، ولا امرأة، ولا تغلوا»[(٢)].

فإن قيل: فإن قوله ﷺ: في المرأة المقتولة: «إنها لا تقاتل»[(٣)]؛ إنما أراد أنها ليست من جنس من يقاتل، وفيهم القتال، خاصة أصحاب الصوامع، بل النساء وإن لم يكن من الجيش؛ فإنهن إذا قاتلن قتلناهن، فعلم بهذا أن علة ترك قتلهن من تركهن القتال في العادة مع قدرتهن عليه.

فإن قيل: [ ][(٤)] وخاصة إن كان خرج في الوقعة، (٣٨) ولا ضرر

---

(١) أخرجه أحمد (٣٠٠/١) وابن حزم في المحلى (٣٤٩/٥) والبيهقي (١٥٤/٩) وهو ضعيف لضعف إسماعيل بن أبي حبيبة.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٦١٢) وابن حزم في المحلى (٣٤٧/٥) وابن عبد البر في التمهيد (٢٢٠/١٢) والبيهقي (١٥٣/٩ ـ ١٥٤) وفيه خالد بن الفرز ـ بكسر الفاء وفتحها، وسكون الراء بعدها زاي ـ قال فيه ابن حجر في التقريب (١٩٠): «مقبول». وبالغ ابن حزم فرماه بالجهالة.
تنبيه: وقع في التمهيد وسنن البيهقي: خالد بن الفزر، وهو تصحيف.

(٣) تقدم تخريجه (٦٨/٥).

(٤) طمس بمقدار أربعة أسطر.

علينا من جهتهم، فهم كالنساء والصبيان المسلمين، فإن قاتلونا وأضروا بالمسلمين؛ قتلناهم.

فإن قيل: فقد روي أنه ﷺ قال: «اقتلوا شيوخهم واستبقوا شرخهم»(١).

قيل: لا نعرف هذه اللفظة، فإن ثبتت؛ فمعناها: إذا قاتلوا أو أضروا بالمسلمين، بدليل الخبر عنه «لا تقتلوا شيخا»، حتى تستعمل الأخبار ولا تتعارض. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَة (٧):

وتقام الحدود في دار الحرب على من تجب عليه في دار الإسلام، فكل فعل يرتكبه المسلم في دار الإسلام فيلزمه لأجل فعله الحد أو حق؛ فإنه إذا ارتكبه في دار الحرب لزمه ذلك، سواء كان من حقوق الله تعالى أو من حقوق الآدميين، فإذا زنا في دار الحرب، أو سرق، أو شرب الخمر، أو قذف؛ وجب عليه حد بذلك(٢).

وبه قال الشافعي(٣).

---

(١) أخرجه البيهقي (٩/١٥٧) وضعفه ابن التركماني.
وقال في النهاية (٤٧٢): «أراد بالشيوخ الرجال المَسانّ أهل الجلد والقوة على القتال، ولم يرد الهرمى، والشرخ: الصغار الذين لم يدركوا. وقيل: أراد بالشيوخ الهرمى الذين إذا سُبُوا؛ لم يُنتفع بهم في الخدمة، وأراد بالشرخ الشباب أهل الجلد الذين ينتفع بهم في الخدمة، وشرخ الشباب: أوله، وقيل: نضارته وقوته، وهو مصدر يقع على الواحد والاثنين والجمع، وقيل: هو جمع شارخ، مثل شارب وشرْب».

(٢) انظر الإشراف (٤/٤٢١) الذخيرة (٣/٤١١).

(٣) الأم (٥/٧٠٦) الحاوي الكبير (١٤/٢٠٩).

وقال أبو حنيفة: كل حد لله تعالى إذا ارتكبه المسلم أعني ارتكب ما يوجب الحد في دار الحرب ؛ فإنه لا يجب عليه ، إن زنا ؛ فلا حد ، فإن سرق ؛ فلا قطع ، وكذلك إن شرب الخمر أو قذف ، ولكن إن كان فيها الإمام نفسه ؛ أقام الحدود ، وإن لم يكن إمام ؛ لم يقم[1] .

واستدلوا بأن قالوا: إن الدار دار إباحة ، فإذا كانت دار إباحة ؛ فمن ارتكب فيها ما يوجب الحد ؛ لم يلزمه .

قالوا: والدليل على أن الدار دار إباحة ؛ هو أن الحربي إذا أتلف علينا شيئا ، أو زنا ، أو عمل ما عمل ؛ لم يؤخذ به ، ولم يضمن .

قالوا: فأما إذا كان مسلما أسلم في دار الشرك ؛ لم يجب على من قتله القود والدية ؛ لأنه لم يصر له حكم المسلمين ، لأنه لم يخرج إلى دار الإسلام .

وقالوا في الأسير المسلم: إذا قتله مسلم ؛ لم يجب عليه قود ولا دية ؛ لأن كل مملوك للحربي إذا أتلف عليه ؛ لم يلزم متلفَه ضمان ، والأسير في حكم المملوك لهم ؛ لأنهم يتصرفون فيه ، فلم يكن (٣٩) مضمونا .

والدليل لقولنا الظواهر من قوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِيَةُ وَٱلزَّانِي فَٱجۡلِدُواْ﴾[2] .

وقوله: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقۡطَعُوٓاْ أَيۡدِيَهُمَا﴾[3] .

ولم يخص موضعا من موضع .

---

(١) المبسوط (٩/٩٩) وإليه ذهب أحمد بن حنبل . انظر المغني (١٢/٧١٦ ـ ٧١٧) .
(٢) سورة النور ، الآية (٢) .
(٣) سورة المائدة ، الآية (٣٧) .

فكذلك قول النبي ﷺ: «البكر بالبكر جلد مائة، والثيب بالثيب الرجم»[1].

ولم يخص موضعا من موضع.

فكذلك قوله عليه السلام: «القطع في ربع دينار»[2] عام في كل موضع سرق فيه إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا فإن كل دار يجب فيها استيفاء الحدود إذا كان فيها إمام؛ فإنه يجب استيفاؤه إذا لم يكن فيها إمام؛ كدار الإسلام، لأنه لو كان الإمام فيها؛ أقيمت الحدود، ثم لو لم يكن فيها وخرج إلى دار الشرك؛ أقيمت فيها أيضا الحدود.

وأيضا فلو كانت دار إباحة؛ لم يتغير الحكم بكون الإمام فيها، فلما أجمعنا على أن الإمام إذا كان فيها لم تكن دار إباحة؛ علم أنها ليست بدار إباحة وإن لم يكن الإمام.

على أنها دار إباحة لأموال الكفار، فأما أن تكون دار إباحة للأفعال الموجبة للحدود؛ فليس كذلك، ألا ترى أن الفعل الموجب للحد محظور في دار الكفر كهو في دار الإسلام، ولا أحد من المسلمين يقول: إن المسلم مباح له الزنا والسرقة في دار الشرك، فقولهم «إنها دار إباجة على الإطلاق»؛ خطأ.

وأيضا فإن هذه الحدود إنما وجبت لمعان، فالقطع وجب ردعا ونكالا

---

(١) تقدم تخريجه (٤/٣٠٢).

(٢) تقدم تخريجه (٤/٣٠٢).

لصيانة الأموال، والقود وجب في صيانة الدماء، وحد القذف لصيانة الأعراض، ورأينا الحاجة في صيانة هذه الأشياء في دار الشرك كهي في دار الإسلام، ألا ترى أن نفس الفعل الموجب لهذه الأشياء محظور في دار الشرك ودار الإسلام، فوجب أن لا يفترق الحكم فيه أنى كانت.

فأما الجواب عن قولهم: «إن الدار دار إباحة»؛ فقد قلنا: إن هذا الإطلاق خطأ، (٤٠) وإنما هي دار إباحة لأموال الكفار ونفوسهم، وليست بدار إباحة للأفعال الموجبة للحدود، ولا نقول: إنها دار إباحة للكفار في أموال المسلمين ونفوسهم، وإنما لا يجب على الحربي شيء من ذلك، لا حد ولا ضمان؛ لأنه لم يكن مؤاخذا بما فعل لأجل نفسه؛ لأنه ليس له عقد ولا عهد، لا لأجل أن الدار دار إباحة، ألا ترى أن الحربي إذا فعل هذه الأشياء في دار الإسلام؛ لم يكن مؤاخذا بها عندكم.

على أنه منكسر بكون الإمام فيها، فإنه يقيم الحدود مع كون الدار دار إباحة.

فأما ما ذكروه من أن الحربي لا يقام عليه حد الزنا في دار الحرب؛ فإن حد الزنا وشرب الخمر لا يقام عندنا على أهل الذمة؛ فكيف على أهل الحرب.

وأما قتل المسلم الذي اختار المقام بينهم؛ فقد ذكر أصحابنا أنه لا يجب على المسلم فيه قود ولا دية لقوله تعالى: ﴿فَإِن كَانَ مِن قَوۡمٍ عَدُوٍّ لَّكُمۡ وَهُوَ مُؤۡمِنٞ فَتَحۡرِيرُ رَقَبَةٖ مُّؤۡمِنَةٖ﴾[1]، ولم يوجب فيه دية، ولأن

(١) سورة النساء، الآية (٩٢).

ولايته منقطعة بقوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ وَلَمْ يُهَاجِرُواْ مَا لَكُم مِّن وَلَٰيَتِهِم مِّن شَيْءٍ حَتَّىٰ يُهَاجِرُواْ﴾[1]، وفيه نظر، وقد مر بي في العتبية ما يدل على أن له ما للمسلمين، وعليه ما عليهم.

وأما الأسير الحر؛ فمحال أن يملكوه؛ لأنهم إنما يحصل لهم شبهة يد على ما يتمول، فأما الأحرار؛ فإنه لا يكون لهم شبهة يد عليه، والأسير حر غير مختار المقام بينهم، فلا يسقط قوده إن تعمد المسلم قتله، ولا تسقط ديته إن كان قتله خطأً.

فإن قيل: إنما لا نقيم الحدود في دار الحرب خوفا أن يطالبوا بها فيلحقوا بالكفار[2].

قيل: هو فاسد بحقوق الآدميين، فيجب أن لا يطالبوا بها خوفا من هذا المعنى، ويوجب أن لا يقيموا الحدود في الديار التي تقرب من المشركين، ولكننا نقيم الحدود، فمن ارتد؛ فقد أبعده الله.

وهذا فاسد (٤١) أيضا بكون الإمام نفسه [فيها][3]، فينبغي أن لا يقيم الحدود خوف ما ذكرتم.

---

(١) سورة الأنفال، الآية (٧٢).

(٢) وقد أخرج عبد الرزاق (١٩٧/٥) أن عمر بن الخطاب كتب إلى الناس أن لا يجلدن أمير جيش ولا سرية ولا رجلا من المسلمين حدا وهو غاز حتى يقطع الدرب، لئلا تلحقه حمية الشيطان فيلحق بالكفار.

(٣) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

مسألة (٨):

قال: ولا يستعان بالمشركين على قتال العدو، ولا يعاونوا على قتال عدوهم[١].

وقال أبو حنيفة والشافعي[٢]: يجوز ذلك[٣].

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿لَا تَتَّخِذُواْ بِطَانَةً مِّن دُونِكُمْ لَا يَأْلُونَكُمْ خَبَالًا وَدُّواْ مَا عَنِتُّمْ﴾[٤].

فنهاهم أن يتخذوهم بطانة.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَمَا كُنتُ مُتَّخِذَ ٱلْمُضِلِّينَ عَضُدًا﴾[٥].

والاستعانة بهم تُصيِّرهم بطانة وعضدا؛ لأن العضد هو القوة والاستعانة.

وأيضا قوله تعالى في المنافقين: ﴿لَوْ خَرَجُواْ فِيكُم مَّا زَادُوكُمْ إِلَّا خَبَالًا وَلَأَوْضَعُواْ خِلَٰلَكُمْ يَبْغُونَكُمُ ٱلْفِتْنَةَ﴾[٦].

---

(١) انظر المدونة (٧٥٦/١ ـ ٧٥٧) الذخيرة (٤٠٥/٣ ـ ٤٠٦) وهو اختيار ابن المنذر في الأوسط (١٧١/٦)، وهو مذهب أحمد بن حنبل، وعنه رواية أخرى بالجواز، والصحيح من مذهبه أنه يحرم الاستعانة به إلا عند الضرورة. انظر المغني (٦١٣/١٢ ـ ٦١٤) الإنصاف (١٢١/١٠ ـ ١٢٢).

(٢) بشروط لا بد منها، انظرها في الحاوي الكبير (١٣٢/١٤).

(٣) الأم (٦٤١/٥) الأوسط (١٧١/٦ ـ ١٧٤) الحاوي الكبير (١٣٠/١٤ ـ ١٣٢) روضة الطالبين (٢٣٩/١٠) بدائع الصنائع (٣٩٦/٩).

(٤) سورة آل عمران، الآية (١١٧).

(٥) سورة الكهف، الآية (٥١).

(٦) سورة التوبة، الآية (٤٧).

فإذا منع من إخراج من هذه صفته لأنه يخذل المسلمين، ويضعف نفوسهم، بأن يكثر عسكر الكفار ويزحف على المسلمين، وقد مدح النبي ﷺ في ترك إخراجهم؛ فالمصرح بالكفر أولى أن لا يخرج مع المسلمين.

وأيضا فقد روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنها قالت: «إن رسول الله ﷺ خرج في بعض غزواته فاعترضه يهودي فقال له: أجاهد معك؟ فقال له: أنت مسلم؟ فقال: لا، فقال: إننا لا نستعين بمشرك»(١).

وهذا نص في موضع الخلاف، ثم اعترضه ثانيا وثالثا، وهو يقول له ذلك، فلما رده؛ أسلم، فحمله.

وروي أنه ﷺ مر بطائفة فقال: من هؤلاء؟ فقالوا: يهود بني قينقاع أصحاب عبد الله بن سلام جاءوا يقاتلون معك، فقال ﷺ: «إنا لا نستعين بمشرك»(٢).

وهذا أيضا نص.

وأيضا فإن الإمام إنما يجاهد لكي يقمع الكفار ويردهم إما إلى الإسلام، أو بذل الجزية، فوجب أن يجاهد بمن يكون عونا على المشركين لا عونا لهم، ونحن نعلم محبة المشركين أن يظهر من هو على دينهم، فبواطنهم غير مأمونة.

---

(١) أخرجه بنحوه مسلم (١٥٠/١٧١٧) ووهم صاحب المغني (٦١٤/١٢) فجعله من المتفق عليه.

(٢) أخرجه أحمد (٤٥٤/٣) والبيهقي (٦٤/٩) وفي إسناده خبيب بن عبد الرحمن لم يوثقه غير ابن حبان، وبقية رجاله ثقات. وصححه الحاكم (١٥٥/٢) وسكت عنه الذهبي.
وأخرجه ابن المنذر في الأوسط (١٧٢/٦) وقال الهيثمي في المجمع (٣٠٣/٥): «رواه الطبراني في الكبير وفيه سعد بن المنذر، ذكره ابن حبان في الثقات، وبقية رجاله ثقات».
وقوله: «لا نستعين بمشرك» له شاهد من حديث عائشة المتقدم.

فإن قيل: فقد روي أن عبد الله بن أبي بن سلول حضر مع النبي ﷺ الجهاد (٤٢) في أحد، [ ](١) وروي أنه ﷺ [قبل المنافقين](٢) يوم الخندق حتى قالوا: ﴿مَّا وَعَدَنَا ٱللَّهُ وَرَسُولُهُۥٓ إِلَّا غُرُورًا﴾(٣) [ ](٤) ويجوز أن يكون ﷺ لم يخرجهم ليقاتلوا معه، ولكنه يجعلهم خدما حيث لا يكون القتال، ويكون ابن أبي بن سلول معه ليستأمن صحة نية المسلمين، ويرى صبرهم، فلعله يترك النفاق [ ](٥) المنافقين مع علمه بنفاقهم يجب أن يظهر أمره في نفاقه [ ](٦) لا يجوز ذلك.

فإن قيل: فإنه يجوز الاستعانة بكراعهم(٧) وسلاحهم؛ لأن ذلك يؤدي إلى إظهار كلمة الحق، فكذلك الاستعانة بأنفسهم، وكذلك يستعان بهم للخدمة، وكذلك في القتال.

قيل: هذا غلط؛ لأن كراعهم وسلاحهم [إنما](٨) يقاتل بها المسلم المأمون الباطن، وليس كذلك نفوسهم؛ لأن المكر في باطنهم، والاعتقاد الذي ينافي الإسلام، ويجوز أن تكون كلمتهم العليا، ويرون أن بنا حاجة إلى نفوسهم.

---

(١) طمس بمقدار ثلاث كلمات.
(٢) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.
(٣) سورة الأحزاب، الآية (١٢).
(٤) طمس بمقدار سطرين.
(٥) كلمة غير ظاهرة.
(٦) طمس بمقدار كلمتين.
(٧) الكراع اسم لجميع الخيل. النهاية (٧٩٧).
(٨) في الأصل: إنه.

وأما كونهم خدما ؛ فإنما هو إذلال لهم بحيث لا يقفون على بواطن المسلمين وما يريدونه في القتال ، ويرون أنفسهم أتباعا للخدمة ، لا حاجة بنا إليهم في القتال.

فإن قيل: فإن الذي رده ﷺ وقال: «إنا لا نستعين بمشرك»(١) ؛ إنما هو لأنه اتهمه على المسلمين.

قيل: عن هذا جوابان:

أحدهما: أن التهمة قائمة في كل كافر ، ونعلم أنهم لا يحبون أن تظهر كلمة الإسلام.

والجواب الآخر: هو أنه كان يكفي في هذا أن يرده حسب ، فلما قال: «إنا لا نستعين بمشرك» ؛ بيّن أن العلة في ترك الاستعانة بهم لكونهم مشركين ، فكل مشرك كذلك.

فإن قيل: فإنه عليه (٤٣) السلام قد حمل صفوان بن أمية عام هوازن بعد فتح مكة لثمان من الهجرة(٢) ، وهو مشرك ، وروي أنه حمل قوما من يهود

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٧٨).

(٢) أخرجه أبو داود (٣٥٦٢) والحاكم (٢/٦٢) وفيه شريك بن عبد الله القاضي ، وهو صدوق يخطئ كثيرا كما في التقريب (٢٦٦) وفيه أيضا أمية بن صفوان قال فيه ابن حجر في التقريب (١١٤): مقبول.

وخولف شريك أيضا في إسناده ، فقد رواه أبو داود (٣٢٦٣) من طريق جرير ، عن عبد العزيز بن رفيع ، عن أناس من آل عبد الله بن صفوان.

وللحديث شاهد من حديث جابر أخرجه الحاكم (٣/٦٠) وصححه ووافقه الذهبي.

وشاهد آخر من حديث ابن عباس أخرجه الحاكم أيضا (٢/٦٢) وفيه إسحاق بن عبد الله القرشي ، وهو واه كما قال الذهبي في الميزان (١/٢٠١).

بني قينقاع بعد بدر[1]، فدل على ما ذكرناه.

قيل: يجوز أن يكون حمل صفوان كما ذكرنا في قصة ابن أبي بن سلول، وكذلك حمله ليهود بني قينقاع، ولأنه لم يأمن كونهم بعده بغير حضرته، وقد ذكرنا أن الوحي كان ينزل عليه ﷺ، ويعلم ما يكون منهم في بواطنهم، ولسنا نحن كذلك.

فإن قيل: فإن في حملهم منفعة إذا أمن ضررهم؛ لأنه يقدمهم في الصف فيقتلون دون المسلمين.

قيل: بإزاء هذا أن باطنهم لا يؤمن، فيكونون أول من ينهزم، ويكونون عيونا للمشركين، وكيف تؤمن بواطنهم مع اعتقادهم أن تظهر كلمتهم.

فإن قيل: فقد قال عليه السلام لبعض اليهود: «إما أن تقاتلوا معنا أو تعيرونا سلاحكم»[2].

فدل على أنه يجوز أن يقاتلوا معنا.

---

(١) أخرجه البيهقي (٩/٦٣ ـ ٦٤) وفيه الحسن بن عمارة وهو ضعيف كما قال البيهقي.
ثم روى عن أبي حميد الساعدي قال: «خرج رسول الله ﷺ حتى إذا خلف ثنية الوداع إذا كتيبة، قال: من هؤلاء؟ قالوا: بنو قينقاع، وهم رهط عبد الله بن سلام، قال: وأسلموا؟ قالوا: لا، قال: بل هم على دينهم، قال: قل لهم فليرجعوا فإنا لا نستعين بالمشركين».
قال البيهقي: وهذا الإسناد أصح.
قلت: وانظر تنقيح التحقيق (٤/٥٨٤ ـ ٥٨٥).

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح مشكل الآثار (٦/٤١٥) ورجاله ثقات، لكن جعله الطحاوي في الاستعانة بأهل الكتاب لا بالمشركين عبدة الأوثان، فلا تعارض بينه وبين النهي عن الاستعانة بالمشرك.

قيل: إنما قال لهم ﷺ ذلك؛ لأنه علم أنهم لا يقاتلون معه، وإنما أراد السلاح، وعلم أنهم يؤثرون دفعه إليه على القتال معه، ولذلك دفعوا إليه السلاح، والإنسان إذا كان أحد الأمرين أصعب عليه فطلب ذلك منه أو الأخف عليه؛ بذل الأخف، الدليل على ذلك قوله ﷺ: «إنا لا نستعين بمشرك»[1]. والله أعلم.

مَسْأَلَة (٩):

قال: وما أحرزه المشركون من أموال المسلمين ثم غنمه المسلمون؛ فإن وجده صاحبه قبل القسم؛ فهو أولى به من غير ثمن، وإن وجده بعد القسم؛ فهو أولى به ممن صار في يده، وعليه قيمته[2].

وبه قال النخعي، وسفيان الثوري، والأوزاعي، وأبو حنيفة، وأصحابه.

غير أن أبا حنيفة يقول: إن المشركين إذا غنموه في دار الإسلام؛ فلا يملكونه حتى (٤٤) يخرجوه إلى دار الشرك.

ومالك ـ رحمه الله ـ لم يفرق.

قال القاضي رحمه الله: لا فرق بينهما عندي في ذلك، سواء غنموه في دار الإسلام أو أخرجوه إلى دار الشرك؛ لأنه يحصل لهم يد عليه، وشبهة ملك.

(١) تقدم تخريجه (٥/٧٨). وانظر مجموع الفتاوى (٢٧/٦٤٣ ـ ٦٤٦).

(٢) وهو مذهب أحمد بن حنبل، وعنه رواية أخرى أنه إذا قسم؛ فلا حق له فيه بحال. انظر المغني (١٢/٦٤١).

وقال الشافعي: لا يملكون على المسلمين شيئا، سواء حصل في أيديهم في دار الإسلام أو أحرزوه في دار الحرب، فإذا غنمه المسلمون بعد ذلك؛ فصاحبه أولى به قبل القسم، وبعد القسم ينزع من يد من صار في يده من الغانمين، ويدفع السلطان إلى الغانم قيمته من مال المصالح[١].

وحكي أنه قول أبي بكر[٢] وعلي[٣] وعبادة بن الصامت[٤].

ومن التابعين عطاء[٥].

ومن الفقهاء ربيعة.

وروي عن عمر - رضي الله عنه - أنه قال: يكون صاحبه أولى به قبل القسمة، ولا حق له فيه بعد القسمة، وهو للغانم الذي حصل بالقسم في يده[٦].

---

(١) وبه قال ابن حزم في المحلى (٥/٣٥٢ - ٣٥٣).

(٢) أخرجه البيهقي (٩/١٧٧) وإسناده ضعيف فيه مجهولون.

(٣) أخرج عنه ابن أبي شيبة (٣٣٩١٠) أنه بمنزلة أموالهم. وضعفه ابن حزم في المحلى (٥/٣٥٥) بأن سليمان التيمي لم يدرك عليا. ورواه عنه ابن أبي شيبة (٣٣٩٠٩) وعبد الرزاق (٩٣٥٥) من طريق آخر وضعفه ابن حزم أيضا؛ لأن قتادة لم يدرك عليا.

(٤) نقل ابن المنذر في الأوسط (٦/١٩٦) عن ابن وهب قال: «أخبرني رجال من أهل العلم عن أبي بكر الصديق، وعبادة بن الصامت، ويحيى بن سعيد، وربيعة بن أبي عبد الرحمن؛ أنهم كانوا يقولون مثل ذلك».
قلت: والإشارة إلى ما تقدم من قول علي أنه للمسلمين اقتسم أو لم يقسم.

(٥) أخرجه عبد الرزاق (٥/١٩٦ - ١٩٧) ونص ابن حزم في المحلى (٥/٣٥٤) أنه صح عن عطاء أنه إن أدرك قبل القسمة؛ رد إلى صاحبه، فإن لم يدرك حتى قسم؛ فهو للذي وقع في سهمه، لا يرد إلى صاحبه لا بثمن ولا بغيره.

(٦) أخرجه الدارقطني (٤/١١٤) وابن المنذر (٦/١٩٥) والبيهقي (٩/١٧٩) وقال: «هذا منقطع، قبيصة لم يدرك عمر رضي الله عنه». =

وقال عمرو بن دينار والزهري: إنه يكون للغانمين قبل القسمة وبعدها[1].

وقال أبو حنيفة: إذا دخل مسلم إليهم على سبيل التلصص وأخذ مال المسلم الذي حصل في أيديهم؛ فإنه يكون أولى من صاحبه، اللهم إلا أن يكون بعطية وقسمة فيكون صاحبه حينئذ أولى.

وهذا موضع نتفق نحن والشافعي فيه؛ لأنه عندنا إذا حصل في يده بغير عوض إما بهبة أو سرقة أو غير ذلك؛ فصاحبه أولى به بغير ثمن.

ونقول نحن وأبو حنيفة: إن المشرك إذا أسلم ومال المسلمين في يده؛ فهو له، ولا سبيل لصاحبه عليه.

وقال الشافعي: لا يكون له، وصاحبه أولى به بغير ثمن.

فحصل الخلاف بيننا وبين الشافعي في موضعين:

أحدهما: أن للمشركين يدا وشبهة ملك على ما أحرزوه من أموال المسلمين.

= وتعقبه ابن التركماني بقوله: «قد تقدم في باب استبراء أم الولد أن سماعه ممكن، وذكره عبد الرزاق (٩٣٥٩) من طريق مكحول، وذكره ابن أبي شيبة (٣٣٩١١) من طريق زهرة بن يزيد المرادي كلاهما عن عمر، فهذه من خمسة أوجه عن عمر يشد بعضها بعضا».
قلت: ضعف ابن حزم طريق ابن أبي شيبة بأن أبا عون لم يدرك عمر ولا أبا عبيدة. وضعف طريق عبد الرزاق بأن مكحولا أيضا لم يدرك عمر. انظر المحلى (٥/٣٥٤ ـ ٣٥٦).
قلت: ورواية عبد الرزاق تخالف رواية ابن أبي شيبة؛ إذ في رواية عبد الرزاق أنه بعد القسمة لا سبيل إليه إلا بالقيمة، وليس في رواية ابن أبي شيبة ذكر للقيمة.

(١) أخرجهما عبد الرزاق في المصنف (٥/١٩٣) وقال ابن حزم: «صح عن الحسن والزهري وعمرو بن دينار». المحلى (٥/٣٥٣).

والموضع الآخر: هو أن صاحبه بعد القسم يأخذه بالقيمة.

ونقول أيضا: إنهم إذا أسلموا وهو في أيديهم؛ فهو لهم.

ويقول الشافعي: هو لصاحبه.

وحصل الخلاف بيننا وبين أبي (٤٥) حنيفة في أن المسلم إذا أخذ من أيدي الكفار شيئا لمسلم بغير عوض، فنحن نقول: يأخذه صاحبه بغير عوض.

وأبو حنيفة يقول بالثمن[(١)].

والدليل لقولنا في أنه يحصل المشركين يد وشبهة ملك فيما [أخذوه][(٢)] من المسلمين هو أن الله تعالى قال: ﴿لِلْفُقَرَآءِ ٱلْمُهَـٰجِرِينَ ٱلَّذِينَ أُخْرِجُوا۟ مِن دِيَـٰرِهِمْ وَأَمْوَٰلِهِمْ﴾[(٣)].

فسمى الله تعالى المهاجرين الذين أخرجوا من ديارهم وأموالهم فقراء، فلو لم يزل ملكهم عما كان لهم؛ لم يسمهم فقراء على الحقيقة.

فإن قيل: إنما سماهم فقراء لبعدهم عن دارهم وأموالهم؛ لأن أملاكهم خرجت عنهم.

قيل: لو كان كما قلتم؛ لكانوا من أبناء السبيل، وابن السبيل ليس فقيرا

---

(١) انظر في مذاهبهم الكافي (٢١٣) الإشراف (٤٤٢١/٣ ـ ٤٢٧) الذخيرة (٤٣٣/٣ ـ ٤٣٤) بداية المجتهد (٤٧٧/٣ ـ ٤٧٢) الأوسط (١٩٥/٦ ـ ٢٠١) الحاوي الكبير (٢١٦/١٤ ـ ٢١٧) روضة الطالبين (٢٩٣/١٠ ـ ٢٩٤) التجريد (٦١٧٥/١٢ ـ ٦١٩٥) المبسوط (٥٣/١٠) الهداية مع شرح فتح القدير (٤٧٣/٥ ـ ٤٧٤).

(٢) في الأصل: أخذه.

(٣) سورة الحشر، الآية (٧).

في الحقيقة وإن كان في الحال محتاجا، ألا ترى أنه غني بما يملكه وإن لم يصل إليه في حال، فإنما يتناوله اسم فقير مجازا، ولا يجوز أن تحمل الآية على المجاز، ألا ترى أن ما روي أن النبي ﷺ قال: «لا يصح نحل الصدقة لغني إلا لخمسة»، فذكر الغازي وابن السبيل[1]، واستثناهما من جملة الأغنياء.

فثبت بهذا أن ابن السبيل لا يسمى فقيرا حقيقة، وإنما هو مجاز.

وأيضا فما رواه طاووس عن ابن عباس: «أن رجلا وجد بعيرا له قد كان المشركون أصابوه، فقال النبي ﷺ لصاحبه: إن أصبته قبل أن يقسم؛ فهو لك بغير شيء، وإن أصبته بعدما قسم؛ فهو لك بالقيمة»[2].

فدل ذلك على أن أهل الحرب قد ملكوه على المسلمين، وصارت لهم يد عليه، ألا ترى أنه لو كان باقيا على ملك مالكه؛ لم يختلف حكم وجوده قبل القسمة وبعدها.

والذي يقوي هذا أن العدو لو أتلفه ثم أسلم؛ لم يتبع بقيمته.

وقد روي عن ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «ما وجده صاحبه بعد القسم؛ فهو غنيمة، وقبله هو أولى به بالثمن»[3].

---

(١) أخرجه أبو داود (١٦٣٦) والبيهقي (٣٥/٧/٧) بإسناد صحيح.

(٢) أخرجه ابن حزم في المحلى (٣٥٧/٥) والدارقطني (١١٤/٤ ـ ١١٥) البيهقي (١٧٧/٩) وقال: «هذا الحديث يعرف بالحسن بن عمارة عن عبد الملك بن ميسرة، والحسن بن عمارة متروك لا يحتج به، ورواه أيضا مسلمة بن علي الخشني عن عبد الملك وهو أيضا ضعيف. وروي بإسناد آخر مجهول عن عبد الملك، ولا يصح شيء من ذلك».
قلت: وروي من حديث ابن عمر أيضا أخرجه الدارقطني (١١٣/٤) وقال: إسحاق بن أبي فروة متروك.

(٣) هكذا هو هذا الحديث هنا، وهو عكس الحديث السابق، ويبدو لي أن إيراده هكذا خطأ=

وقد روى سماك (٤٦) بن حرب، عن تميم بن طرفة قال: «أصاب العدو ناقة من المسلمين، فاشتراها رجل من المسلمين، فعرفها صاحبها، فأتى النبي ﷺ فأمره أن يأخذها بالثمن الذي اشتراها به من العدو، وإلا خلى بينه وبينها»[١].

وهذا يدل على أنهم قد ملكوها، لولا ذلك؛ لم يصح شراء المسلم منهم.

وأيضا فقد روي أن ابن عمر كان له فرس فأخذه المشركون، فقال له النبي ﷺ: «إن وجدته قبل القسمة؛ فهو لك بغير شيء، وإن وجدته بعدها؛ فهو لك بالقيمة»[٢].

= من النساخ، وأن الصواب فيه ما أخرجه ابن عبد البر في الاستذكار (١٢/٢٧٧) عن طاووس عن ابن عباس أن رجلا وجد بعيرا له كان المشركون قد أصابوه، فقال رسول الله ﷺ: «إن أصبته قبل أن يقسم؛ فهو لك، وإن أصبته بعدما قسم؛ أخذته بالقيمة». وقال عقبه: الحسن بن عمارة مجتمع على ضعفه وترك الاحتجاج بحديثه.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٩٢٠) وابن المنذر في الأوسط (٦/٢٠٠) والبيهقي (٩/١٧٧ ـ ١٧٩) ونقل عن الشافعي قوله: «تميم بن طرفة لم يدرك النبي ﷺ ولم يسمع منه، والمرسل لا تثبت به حجة؛ لأنه لا يدرى عمن أخذه».

قلت: وقد رواه الطبراني في الكبير (٢/٢٠٤/١٨٣٣) عن سفيان عن تميم بن طرفة، عن جابر بن سمرة، وذكره الهيثمي في المجمع (٤/٢٢١) عن جابر بن سمرة، وقال: «رواه الطبراني في الكبير، ورجاله رجال الصحيح».

ورواه أيضا (٢/٢٠٤/١٨٣٤) عن ياسين الزيات عن سماك. وقال ابن حزم: «وأسنده ياسين الزيات عن سماك، عن تميم بن طرفة، عن جابر بن سمرة، وياسين لا تحل الرواية عنه، وسماك قد ذكرناه. ورواه بعض الناس عن إبراهيم بن محمد الهمذاني أو الأنباري، عن زياد بن علاقة، عن جابر بن سمرة مسندا، وإبراهيم بن محمد الأنباري أو الهمذاني لا يدري أحد من هو في الخلق». المحلى (٥/٣٥٦ ـ ٣٥٧).

(٢) لم أجده بهذا السياق، لكن أخرجه البخاري (٣٠٦٩) عن ابن عمر أنه كان على فرس يوم=

فدل ذلك أيضا على صحة قولنا.

وأيضا فقد روي أن النبي ﷺ قال: «من أسلم على مال فهو له»(١).

وهذا عام في كل مال يملكه قديما وقد أخذه من مسلم، ثم إن النبي ﷺ لم يقل: «من أسلم على ماله»، فلا تعلق فيه لمن يقول: إنه قبل أن يسلم لم يكن ما أخذه من المسلمين مالا له، وإنما هو مال المسلمين؛ لأن النبي ﷺ لم يفرق ولم يخص.

فإذا ثبت بظاهر الحديث أن كل مال يسلم عليه فهو له؛ ثبت ما قلناه، والمخالف يقول: إذا أسلم على شيء في يديه مما أخذه من المسلمين لا يكون له، والنبي ﷺ قد جعله له، فدل على أن أيديهم تحصل عليه، وتصير لهم فيه شبهة ملك، ألا ترى أنهم لو أتلفوه ثم أسلموا في الحال؛ لم يلزمهم الغرم بلا خلاف، ولو أتلفه ذمي ثم أسلم؛ لزمه الغرم، كما لو أتلفه مسلم

= لقي المسلمون، وأمير المسلمين يومئذ خالد بن الوليد بعثه أبو بكر، فأخذه العدو، فلما هزم العدو؛ رد خالد فرسه».

وأخرجه معلقا في باب إذا غنم المشركون مال المسلم ثم وجده المسلم، وذكر أن ذلك كان في زمن النبي ﷺ. ووصله البيهقي (٩/١٧٦ - ١٧٧) وغيره.

وأما التفصيل الوارد في اللفظ الذي أورده المصنف؛ فقد تقدمت الإشارة إلى تضعيف نحوه عن ابن عمر. والله أعلم.

(١) أخرجه البيهقي (٩/١٩٠ - ١٩١) بلفظ: «من أسلم على شيء فهو له»، وقال: «ياسين بن معاذ الزيات كوفي ضعيف، جرحه يحيى بن معين والبخاري وغيرهما من الحفاظ، وهذا الحديث إنما يروى عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلا، وعن عروة عن النبي ﷺ مرسلا».

قلت: وله شاهد من حديث صخر بن العيلة بلفظ: «إذا أسلم الرجل فهو أحق بأرضه وماله». أخرجه أبو داود (٣٠٦٧) وأحمد (٤/٣١٠) وإسناده ضعيف.

على مسلم، فعلم الفرق بين الحربي والذمي والمسلم في أن الحربي يحصل له بأخذه يد وشبهة ملك، لولا ذلك؛ لكان يغرم القيمة إذا أتلفه ثم أسلم، كما يلزم الذمي.

وأيضا فإن النبي ﷺ لما دخل مكة؛ قيل له: «هلا نزلت دارك يا رسول الله؟ فقال: وهل ترك لنا عقيل من ربع»[1].

وقد كان عقيل استولى على دور النبي ﷺ وباعها، فأخبر أن عقيلا
(٤٧) لم يترك له دارا ينزلها، فلولا أن عقيلا ملكها بالغلبة وباعها؛ لأبطل ﷺ ذلك؛ لأنها كانت على ملكه كما يزعمون.

فإن قيل: فإن عقيلا خرب الدار، وباع أنقاضها، ولم يبع أصولها.

قيل: الذي نقل أنه باعها، ولم ينقل تخريبه إياها، فلم يجز إثبات ما لم ينقل وترك ما نقل، ولو كان خربها؛ لم يقولوا للنبي ﷺ: «هلا نزلت دارك»؛ لأنه لا دار له، وإنما تسمى دارا إذا كانت مبنية غير خراب.

فإن قيل: فإن دور مكة لا يجوز عندكم بيعها، فكيف تحملون الخبر على ما لا تقولونه.

قيل: إنها كانت في الجاهلية وقبل الفتح مملوكة، وهو الوقت الذي باعها عقيل، وإنما زال ذلك الحكم عندنا لما فتحت عنوة وصارت الدار دار إسلام، وأرض العنوة عندنا لا تباع[2]، وعلى أن مالكا يكره بيع دور

(١) تقدم تخريجه. والربع: المنزل ودار الإقامة. انظر النهاية (٣٤٣).
(٢) انظر ما تقدم (٥/٤٨ ـ ٤٩).

مكة[١]، وقد يجوز أن يكون عقيل باع البناء قائما، فلم ينقض النبي ﷺ بيعه.

وعلى أن المسألة عندنا إجماع؛ لأنه روي عن عمر، وعلي، [وأبي][٢] عبيدة، وزيد بن ثابت، وسعد بن أبي وقاص، وبعدهم سعيد بن المسيب، والحسن، والزهري، وسلمان بن ربيعة، وشريح، ومجاهد، وعطاء، والقاسم، وعروة، وخارجة بن زيد، وعبد الله بن أبي بكر، وسعيد، وسليمان[٣]، ومشيخة من نظرائهم[٤]، كلهم مثل قولنا، وإنما اختلفوا في رد ذلك على صاحبه قبل الغنيمة وبعدها، فمنهم من قال: لا شيء لصاحبه قبل القسم وبعده، ومنهم من قال: هو لصاحبه قبل القسم، وبعده بالثمن[٥]، فمن قال: يرد على صاحبه قبل القسم وبعده بغير عوض[٦]؛ فقد خرج عن جماعتهم.

وما رووه عن أبي بكر؛ فلم يذكروا له إسنادا[٧]، فيحتمل أن يكون

---

(١) في عيون المجالس (١٥٢٠/٣): «ويكره بيع بيوت مكة، وبه قال أبو حنيفة. وكذلك تكره إجارتها. وأجازه الشافعي ولم يكرهه».

(٢) في الأصل: وأبو.

(٣) هو ابن يسار كما في المحلى (٣٥٤/٥) وقال ابن حزم (٣٥٥/٥) أيضا: «وروي عن فقهاء المدينة السبعة ولا يصح عنهم؛ لأنه من طريق ابن أبي الزناد وهو ضعيف، وعن سليمان بن ربيعة ولم يصح عنه؛ لأنه من طريق الحجاج بن أرطاة. وصح عن إبراهيم وشريح والحسن وعطاء».

(٤) انظر مصنف ابن أبي شيبة (٤٢٥/١١ ـ ٤٢٩) والمحلى (٣٥٣/٥ ـ ٣٥٥) والأوسط (١٩٥/٦ ـ ١٩٧) والسنن الكبرى للبيهقي (١٧٧/٩ ـ ١٩٠).

(٥) ومنهم من قال: هو لصاحبه قبل القسم، ولا شيء له بعد القسم. وبه قال سلمان بن ربيعة والحسن. انظر مصنف ابن أبي شيبة (٤٢٦/١١ ـ ٤٢٧).

(٦) يقصد المصنف بهذا الرد على الشافعي، والعوض المقصود له هنا هو القيمة، لا العوض الذي يعوضه الإمام كما سبق له.

(٧) بل له إسناد كما تقدم لكنه ضعيف، ولو عبر المصنف بقوله: لم يذكروا له إسنادا صحيحا؛ لكان أولى.

الراوي نسي قوله: و«عليه القيمة»، ويحتمل أن يكون إنما قصد أن صاحبه يأخذه ولم يتعرض للقيمة وإن كانت مذهبه، فإذا احتمل ذلك؛ لم يجز إثبات خلاف (٤٨) الإجماع بأمر محتمل.

وقد روى الحكم عن مقسم عن ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ لما سئل عن رجل شرد بعيره وابن عبده فقال عليه السلام: صاحبهما أحق بهما قبل القسمة، وبعد القسمة بالقيمة»[(١)].

وهذا يقتضي كل رجل؛ لأنه نكرة في الجنس.

وقد روى عبد الملك بن ميسرة، عن طاوس، عن ابن عباس: أن رسول الله ﷺ قال: «من وجد متاعه في الغنيمة قبل القسم؛ فهو أحق به، وإن وجده بعد القسم كان أحق به بقيمته». وهو حديث صحيح[(٢)].

ومن جهة المعاني؛ فقد اتفقنا على أن المسلم إذا [غلب][(٣)] على مال الحربي أنه يملكه؛ بعلة وجود القهر والغلبة، والشيء مما يصح تملكه بالعقود، وهذا موجود في الحربي إذا أخذ [شيئا][(٤)] من المسلم على وجه القهر والغلبة.

ويقوي هذا أن أهل الحربي من الكفار يملك بعضهم على بعض بالقهر والغلبة لهذه العلة، وهذا المعنى موجود فيما ذكرناه.

---

(١) تقدم قبل قليل، لكن من غير هذه الطريق.

(٢) بل ضعيف كما تقدم (٨٦/٥).

(٣) في الأصل: غاب.

(٤) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

ولأن المسلم لما جاز أن يملك على الكافر بالقهر والغلبة؛ جاز أن يملك الكافر عليه، يدلك على ذلك الكافران لما جاز أن يملك أحدهما على صاحبه بالغلبة؛ جاز أن يملك الآخر عليه، ألا ترى أن المسلمَين لما لم يملك أحدهما على صاحبه بالغلبة؛ لم يملك الآخر عليه.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ وَأَرْضًا لَّمْ تَطَؤُوهَا﴾[1].

فامتن تعالى علينا بأن جعل لنا أن نتملك أموالهم وخولهم[2] إعزازا للإسلام، وإذلالا للشرك، فلا يجوز أن يجعل للشرك هذه الجهة لكي لا يكون مساويا لنا.

قيل: إنما هذا إخبار عما فعله بنا لما ملكنا أرضهم وديارهم، فالمنة إنما حصلت على ما حصل لنا من جهتهم وأنهم لم يظفروا بنا[3]، فأما إذا ظهروا علينا وأخذوا أموالنا ما يكون حكمهم؟ ليس في الآية ما يدل عليه. (٤٩)

وقد ذكرنا قوله تعالى: ﴿لِلْفُقَرَاءِ الْمُهَاجِرِينَ الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِمْ وَأَمْوَالِهِمْ﴾[4]، وأنه سماهم فقراء لما حصلت أموالهم في أيدي الكفار، فليس فيما ذكروه دلالة على أنهم إذا ظفروا أو أخذوا مال المسلمين؛ أنهم لا يكون

(١) سورة الأحزاب، الآية (٢٧).

(٢) الخوَل: حشَم الرجل وأتباعه، واحدهم خائل، وقد يكون واحدا، ويقع على العبد والأمة، وهو مأخوذ من التخويل: التمليك، وقيل: من الرعاية. النهاية (٢٩٠).

(٣) ويجوز أن يقال: إنه من علينا بذلك لأنه يحصل لنا من وجه مباح، ولا يحصل لهم مثله من وجه مباح، فهذا وجه الامتنان. التجريد (٦١٩٢/١٢).

(٤) سورة الحشر، الآية (٧).

لهم يد ولا شبهة ملك، وقد دللنا على ذلك.

فإن قيل: فقد روى عمران بن حصين «أن المشركين سبوا امرأة من الأنصار وناقة للنبي ﷺ، فانفلتت ذات ليلة من وثاقها فقصدت الإبل، فكلما مشت نحو ناقة منها رغت[1]، فتتركها، حتى أتت إلى تلك الناقة التي للنبي ﵇ وهي العضباء، فمستها فلم تَرْغ، فأخذتها وركبتها وصاحت عليها، فانطلقت، فطُلبت فلم يُقدَر عليها، ونذرت إن نجاها الله تعالى؛ نحرتها، فوافت المدينة، فعرفوا الناقة، فعرّفوا النبي ﵇، فقال: بئسما جزيتها، لا نذر في معصية الله، لا نذر فيما لا يملكه ابن آدم، وأخذ الناقة»[2].

فموضع الدلالة من الخبر أن النبي ﵇ أخذ الناقة منها، ولم يعطها قيمتها؛ لأنه لم ينقل.

قيل: لا حجة في هذا الخبر؛ لأننا نقول: إن لهم على ما يأخذونه شبهة ملك ويد، حتى إذا خرج عن أيديهم إلى المسلمين؛ نظرنا؛ فإن لم يقع في المقاسم ولا حصل في يد إنسان بعوض؛ فإنه يعود الملك إلى صاحبه[3]، فالمرأة الأنصارية لما أخذت الناقة بلا عوض؛ انتقل الملك عن المشركين، وحصل ملكها للنبي ﵇، فأما إذا قسمت الغنائم وحصل الشيء في يد أحد بعد القسمة؛ حصلت له شبهة ملك عليه؛ لأجل أنه حصل له بعوض هو حقه من الغنائم، فلا يخرجه عن يده إلا بعوض؛ لأن الغانمين قد اقتسموا وتفرقوا،

(١) من الرغاء، وهو صوت الإبل، من رغا يرغو رغاء. انظر النهاية (٣٦٦).

(٢) أخرجه مسلم (١٦٤١/٧) بأطول مما هنا.

(٣) نقل ابن الملقن في التوضيح (٣٢١/١٧) نص عبارة ابن القصار، وذكر هذه العبارة هنا بقوله: فإنه يعود إلى ملك صاحبه.

فإن أعطاه الإمام القيمة ؛ جاز ، وإن لم يعطه ؛ لم يأخذه صاحبه إلا بعوض.

فإن قيل: فإن هذا الشيء لا يخلو أن يكون مالا للمسلم كما كان فلا يغنم ، أو يكون مالا للمشرك (٥٠) فيغنم ، فلا يكون لربه فيه حق ، سواء قسم أو لم يقسم.

قيل: ما دام في يد المشرك ؛ فهو له ، فإذا حصل خارجا وصار في الغنائم ؛ صار مراعى ، فإن وجده ربه قبل القسم ؛ عاد ملكه إليه كما كان ، وإن وجده بعد القسم ؛ فقد حصل للغانم الذي هو في يده بالقسم ملك عليه ، فلا يخرج عن يده إلا بعوض ، ألا ترى أن الأب يهب لابنه هبة فتخرج عن يده ، ثم له أن ينزعها فتعود إلى ملكه بعد خروجها منه[١] ، كذلك قبل القسم.

فإن قيل: فيكون كالشيء المستحق.

قيل: إذا تفرق الجيش وحاز كل واحد حصته بالقسم ؛ لم يكن لهذا الغانم الرجوع على أحد وقد حصلت له شبهة ملك ، فليس كالمستحق لا محالة ؛ لأنه

---

(١) «ما لم تتغير في يد ولده ، أو يحدث دينا ، أو يتزوج الولد بعد قبض الهبة.
وقال الشافعي: له أن يرجع في هبته ، ويأخذها من يد كل من يقع عليه اسم ولد حقيقة أو مجازا ، مثل ولده لصلبه ، وولد ولده من أولاد البنين ، وأولاد البنات ، ولم يعتبر طرو دين أو تزويج ، فله أن يعتصرها على كل حال.
وقال أبو حنيفة: إذا وهب لذي رحم محرم بالنسب ؛ لم يكن له أن يرجع ، وإن وهب لغير ذي رحم محرم ؛ فله أن يرجع ، وليس له أن يرجع فيما وهبه لولده ولا فيما وهبه لولد ولده ، ولا فيما وهبه لأخيه وأخته وعمه وعمته ، وكل من لو كان امرأة لم يجز له أن يتزوجها لأجل النسب ، فأما إذا وهب لبني عمه ، أو للأجانب ؛ فإن له أن يرجع في هبته». عيون المجالس (٤/١٧٣٦ - ١٧٣٧).

لو أتلفه قبل يخص[1] صاحبه؛ لم يلزمه شيء لصاحبه، كما لو أتلفه المشرك لم يلزمه غرم لصاحبه.

وقد قلنا ومن خالفنا في عبد أقر أنه سرق من زيد دينارا وعينه، وكذبه السيد، وقال: بل هو ديناران: إننا ندفع الدينار إلى السيد، ونقطع العبد، فلا يخلو أن يكون هذا الدينار للسيد؛ فلا ينبغي أن يقطع عبده، أو يكون لزيد؛ فلا يأخذه السيد.

وهذه أمور مشكلة إذا وقعت حكم لها بأحكام مختلفة، ألا ترى أن ابن أمة زمعة حكم به رسول الله لزمعة، وجعله ابنه، ثم قال لزوجته سودة بنت زمعة: «احتجي عنه»[2]، فإن كان أخاها؛ فلا ينبغي أن تحتجب عنه، وإن كان ليس بأخ لها؛ فلا وجه لإلحاقه بزمعة.

وقد ذكرنا الدليل على أن ما أحرزه الكفار من أموال المسلمين أو أتلفوه ثم أسلموا لم يلزمهم الغرم، ولو قتلوا مسلما ثم أسلم قاتله؛ لم يقد به؛ لقوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغۡفَرۡ لَهُم مَّا قَدۡ سَلَفَ﴾[3].

ولا يخلو المال الذي أتلفوه أن يكون في وقت ما أتلفوه ملكا للمسلم، أو قد ملكه الكافر، فينبغي إذا أسلم أن يغرمه له، وإذا لم يغرمه له بإجماع؛ علمنا أنه قد صار للكافر (٥١) عليه شبهة ملك ويد، حتى يجري مجرى

---

(١) هكذا بالأصل.

(٢) أخرجه البخاري (٢٢١٨) ومسلم (١٤٥٧/٣٦) وهو حديث متواتر ذكره الكتاني في «نظم المتناثر» (ص ١٠٥ ـ ١٠٦).

(٣) سورة الأنفال، الآية (٣٧).

أملاكه، وإنما هو [معتبر إن قدرنا عليه من غير إتلاف مال][1] أحد قلنا قد عاد إلى ملكه، وإن لم نقدر عليه إلا بإتلاف من مسلم؛ لم يرد ما قد أحرزه العدو، وجرى عليه ملكه بإتلاف مال المسلم إذا كان الكافر المعتدي لو أتلفه لم يغرمه، فيكون هذا المسلم إذا بذل ماله فيه فاشتراه أو أخذه بسهمه؛ لم يؤخذ منه بلا عوض، ولا يتلف ماله.

فإن قيل: فإنكم ادعيتم في المسألة إجماعا، ونحن ذكرنا عن أبي بكر وعلي وعبادة.

قيل: قد تكلمنا على حديث أبي بكر، وذكرنا ما ذكرناه عن علي، وأنه قال فيما رواه عنه معتمر عن أبيه أنه قال: «فيما أحرزه العدو من أموال المسلمين إنه بمنزلة أموالهم»[2]، فكان الحسن يقضي بذلك[3]، يعني بعد القسمة، وبه قضى شريح[4].

وحديث عبادة؛ فلا نعرفه، فإن صح؛ تأولنا على ما تأولنا عليه حديث أبي بكر رحمة الله عليه.

فإن قيل: قد اتفقنا على أنه إذا حازوا المدبر والمكاتب وأم الولد؛ أنهم لا يملكونه، كذلك العبد القن[5] والأموال، فنقول: **كل ما لا يملكه المسلم على المسلم بالقهر والغلبة؛ لم يملكه المشرك على المسلم بالقهر والإحازة**،

---

(١) كلمات غير ظاهرة، والمثبت أقرب إلى رسمها.

(٢) تقدم تخريجه (٥/٨٣).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٩١٠).

(٤) انظر شرح معاني الآثار (٣/١٧٧).

(٥) هو العبد إذا ملك هو وأبواه. الصحاح (قنن).

أصله ما ذكرناه.

قالوا: وخير هذه الأصول المدبر.

قيل: هذا لا يلزمنا؛ لأنهم يملكون جميع ذلك، وإنما ننظر في هذا إلى وقت إسلامهم، فإن كان ما أسلموا عليه يجوز لهم لو أرادوا ابتداء ملكه وقت إسلامه لو كان يجوز؛ فإن ذلك يقر في أيديهم، وإن كان لا يجوز لهم ابتداء ملكه؛ لم يكن في أيديهم.

فأما المكاتب؛ فإنهم إذا أسلموا وهو في أيديهم؛ كان لهم كتابته، وكذلك يحترمون المدبر، فإن مات سيده وهو يخرج من ثلثه؛ انعتق، وكذلك من صار في يده بعد القسم إن فداه سيده وإلا كان عبدا له. (٥٢)

وأما أم الولد؛ فإن فداها الإمام وإلا ألزمه صاحبها قيمتها، وأخذها متى صارت في يده بالقسم أو من يد الكافر إذا أسلم وهي في يده.

فإن قيل: فإنه مال مسلم مأخوذ بالقهر والغلبة؛ فوجب أن يكون مردودا عليه، أصله قبل القسم.

قيل: إذا لم تقع فيه القسمة؛ لم يتعلق به حق الإتلاف على آدمي مخصوص، ولا حصل مأخوذا بعوض وتعلق به حق لآدمي مخصوص؛ فلا ينبغي أن يتلف حقه.

فإن قيل: فإن عبد المسلم لو دخل دار الشرك بنفسه فأخذوه؛ فإنهم لا يملكونه، كذلك إذا سبَوه.

قيل: يملكونه عندنا، ولو أسلموا وهو في أيديهم؛ لكان لهم، هذا نص مذهبنا.

على أننا قد ذكرنا قياسا يعارض قياسهم، ويرجح عليه باستناده إلى ما ذكرناه.

فإن قيل: فإن الذي رويتموه عن النبي ﷺ أنه قال: «فصاحبه بعد القسم أولى به بالقيمة»[1]؛ فإننا نقول: القيمة من بيت المال.

قيل: النبي ﷺ قال: «هو أولى به بقيمته»، فظاهره أن تكون القيمة عليه.

على أنه ﷺ لم يختص أن تكون قيمته علينا أو من بيت المال، فاعملوا كيف شئتم بعد أن لا يخرج عن يد من صارت في يده إلا بالقيمة، فإن أعطاه الإمام؛ جاز، وإن لم يعطه؛ لم يلزمه دفعه إلى صاحبه إلا بالقيمة؛ لأن النبي ﷺ لم يلزمه إخراجه عن يده إلا بقيمته.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿وَلَن يَجْعَلَ ٱللَّهُ لِلْكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلْمُؤْمِنِينَ سَبِيلًا﴾[2].

فلا يجوز أن يملك الكافر على المسلم شيئا.

وقال: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظْلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾[3].

قيل: عن الآية جوابان:

أحدهما: أننا نقول بموجب الآية، وهو أننا نقول للكافر: لا سبيل لك على المسلمين، ولا يجوز لك أخذ ماله، فأما إذا أخذه الذي ذكرناه؛ فهل يحصل له شبهة يد وملك؟ ليس في الآية ما ينفيه. (٥٣)

(١) تقدم تخريجه (٥/٨٦).

(٢) سورة النساء، الآية (١٤١).

(٣) سورة الشورى، الآية (٤٢).

والجواب الآخر: أنه أراد بالسبيل الحجة[1]؛ لأنها بلفظ الخبر، ولا يجوز أن يقع بخلاف مخبره، والحجة لا تكون للكافر على المسلم أبدا.

فأما أخذه لماله فيؤخذ [ ][2]، فعلمنا أنه لم يرد بالآية أخذ المال، وليس تخلو الآية من أن تجري مجرى الخبر، أو يكون المراد بها النهي، فيبطل أن تكون خبرا لما قلناه: إن الخبر لا يقع بخلاف مخبره، وقد وجدنا الكفار يأخذون أموال المسلمين، فقد جعل الله لهم سبيلا بعد أن نفاه بقوله: ﴿وَلَن يَجۡعَلَ ٱللَّهُ لِلۡكَٰفِرِينَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ سَبِيلًا﴾[3].

فصار المراد بالآية أحد أمرين: إما الحجة على ما بيناه، فإنه لا حجة لهم بوجه، أو يكون المراد بها النهي، فنحن نقول: إنهم منهيون عن أخذ أموال المسلمين، وكلامنا حصل فيهم إذا أخذوها هل يحصل لهم يد وشبهة ملك، فقد دللنا عليه، لأنهم لو أتلفوا ذلك ثم أسلموا؛ لم يلزمهم الغرم.

وكذلك قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَظۡلِمُونَ ٱلنَّاسَ﴾[4]، فإنه إما أن يكون خبرا، أو يكون المراد به الأمر، فإن كان المراد بها الخبر؛ فلا يجوز أن يقع بخلاف مخبره، وقد [وجد أن][5] المسلمين تارة ينهزمون، ويظفر بهم العدو، فيحصل المراد منها أحد أمرين، إما الحجة؛ فهي صحيحة باقية

---

(١) وهو قول السدي. وفي الآية قولان آخران. انظر أحكام القرآن لابن العربي (١/٦٤٠ ـ ٦٤١) زاد المسير (٢/٢٣٠ ـ ٢٣١).

(٢) كلمة غير ظاهرة.

(٣) سورة النساء، الآية (١٤١).

(٤) سورة الشورى، الآية (٤٢).

(٥) كلمة غير ظاهرة، والمثبت من السياق.

لا تنقلب، أو المراد منها الأمر؛ فالمسلمون مأمورون بأخذ أموال الكفار وقتلهم واستباحة سبيهم.

على أن دليل الخطاب أن من لم يظلم؛ فلا سبيل عليه، وهذا الغانم لم يظلم؛ لأنه أخذ الشيء بالقيمة وحصل في يده، فهو دليل لنا.

فإن قيل: فقد قال ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا عند طيب نفسه»[(١)].

قيل: إن كان هذا دليلا في الكافر؛ فنحن نقول: لا يحل ملك مال المسلم، وهذا لا ينفي أن يحصل له شبهة ملك أو يد لأننا نجد كثيرا من الناس لا يحل لهم فعل شيء ولا ينفي حصول أيديهم عليه، (٥٤) ألا ترى أن البيع الفاسد والغصب هذه صفته، ثم قد يحصل عليه شبهة ويد على وجه، فلم يلزم ما ذكروه، وعلى أن هذا مال من هو في يده بالقسمة.

فإن قيل: فإن قياسكم على المسلم إذا أخذ مال المشرك؛ لا يسوغ؛ وذلك أن قهر المسلم [للمشرك][(٢)] لما كان سببا للملك؛ لم يفترق الحكم من الرقاب وغيرها، وبين الأحرار، فلو كان قهر المشرك سببا للملك على المسلم؛ لم يفترق أيضا بين القهر على الرقاب والمال.

قيل: قد ذكرنا أن أيديهم تحصل على الرقاب والأموال؛ بدلالة أنهم لو قتلوا الأحرار الأسارى في أيديهم؛ لم يقادوا بهم، وإن أسلموا؛ فهم يتصرفون في الرقاب كما يتصرفون في الأموال، وإنما ينظر إلى وقت إسلامهم وما هو حاصل في أيديهم، يدل على ذلك من مذهبنا؛ أن مسلما لو دخل دار الحرب

(١) سيأتي تخريجه (٦/١٠٧).

(٢) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

فاشترى من أيديهم مسلما أو فداه؛ لألزمنا الحربي أن يدفع إليه ما اشتراه به أو افتداه.

ثم لا يضرنا أيضا هذا الفرق الذي ذكروه؛ لأننا لا نقول: إنهم يملكون على وجه ما يملك المسلمون عليهم، وإنما يحصل لهم يد وشبهة ملك والله أعلم.

فإن استدلوا باستصحاب الحال، وذلك أن هذا الشيء ملك للمسلم فلا يزيله عن ملكه إلا بدلالة.

قيل: بإزاء هذا ما هو أقوى منه، وذلك أن هذا الشيء قد حصل في يد هذا الغانم بقسمة الإمام أو من إليه القسمة؛ فلا نخرجه عنه إلا بدلالة.

فإن قيل: ملك صاحبه عليه متقدم.

قيل: هو ملكه حيث كان في يده، والآن هو ملك هذا لكونه في يده.

ونقول أيضا: إن هذا [ ][1] أخذه بعوض، فأشبه المشتري إذا استحق من يده شيء أنه يرجع على البائع (٥٥) بالثمن، فلما لم يمكنه أن يرجع على الغانمين لأنه لا يلحقهم كلهم، وكان ما أخذ [ ][2] وتركه لهم، وليس هو بغاصب ولا متعد؛ وجب أن لا يؤخذ من يده إلا بعوض، وليس سبيل ما أخذ من أموال المسلمين عن أيدي الكفار كسبيل ما يؤخذ من أموال المسلمين في دار الإسلام، ألا ترى أن أموال المسلمين إذا أخذت من الكفار إنما تقسم ولا ينتظر بها، ولا تُعرَّف إذا لم يعلم لمن هي، وليس كذلك ما كان في بلاد

(١) كلمة ممحوة.

(٢) كلمة غير ظاهرة.

المسلمين، بل يوقف ويُعرَّف، وإن أتلفه متلف؛ فعليه الضمان، فثبت بذلك أن للكفار شبهة يد على ما أخذوه من أموال المسلمين، وليس سبيلهم كسبيل المسلمين إذا أخذوا مال المسلم أو الذمي، والفرق بين قبل القسم وبعده هو أن للقسم حكم من الإمام، مع كون شبهة يد الكفار عليه، فيصير للغانم بحكم الإمام، والله الموفق.

فإن قيل: فقد قال ﷺ: «على اليد ما أخذت حتى ترده»[1].

قيل: معناه: ما أخذت من مال الغير، ونحن نقول هاهنا: هو ملكه وهو في يده، والنزاع في هذا وقع، وقد بينا أن للمشركين شبهة يد عليه، ولو قلنا: معناه: حتى ترده بقيمته إن اختار صاحبه ذلك بدلالة، وقد ذكرنا دلائل.

وعلى أن هذا يوجب رده إلى الكفار؛ لأنه منهم أخذ، وهذا ساقط؛ لأن معناه: حتى ترده على من أخذته منه، ومن الكفار أخذ.

فإن قيل: لو ملكه الغانم بالقسم؛ لم يجب أن يؤخذ منه بالقيمة بغير اختياره.

قيل: هذا يلزم إذا عوضته من بيت المال، والله الموفق للصواب.

مَسْأَلَة (١٠):

قال: وللفارس عندنا ثلاثة أسهم، سهم له، وسهمان لفرسه[2].

---

(١) سيأتي تخريجه (٦/٢٧٠).

(٢) انظر الكافي (٢١٤) المعونة (١/٤٥٢ ـ ٤٥٣) الذخيرة (٣/٤٢٤ ـ ٤٢٥).

وبه قال عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب رضي الله عنهما[1]، ولا مخالف لهما في الصحابة[2].

ومن التابعين عمر بن عبد العزيز، والحسن، وابن سيرين[3].

ومن الفقهاء مع أهل المدينة (٥٦) الأوزاعي، وأهل الشام، والليث بن سعد، وأهل مصر، وسفيان الثوري، والشافعي، ومن أهل العراق أبو ثور، وأبو يوسف، ومحمد بن الحسن، وأحمد بن حنبل.

وقيل: لم يخالف في هذه المسألة غير أبي حنيفة وحده[4]، ولم يقل بقوله [أحد][5]، وقال: للفارس سهمان، سهم له، وسهم لفرسه[6].

وحكي عنه أنه قال: أكره أن أفضل بهيمة على مسلم.

والدليل لقولنا ما رواه أبو أسامة وابن نمير قالا: حدثنا عبيد الله، عن نافع، عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ جعل للفرس سهمين، وللراجل سهما»[7].

(١) سيأتي تخريج أثريهما.

(٢) وبذلك جزم ابن الملقن في التوضيح (١٧/٥٣٤).

(٣) انظر المحلى (٥/٣٩٤).

(٤) لم ينفرد أبو حنيفة بما قال، فقد جاء عن عمر وعلي وأبي موسى، لكن الثابت عن عمر وعلي كالجمهور. الفتح (٧/٤٤٩).

(٥) ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس.

(٦) الأم (٥/٣١٦) الأوسط (٦/١٥٧ ـ ١٦٠) الحاوي الكبير (٧/٤١٤ ـ ٤١٧) التجريد (٧/٤١٤١ ـ ٤١٤٧) الهداية مع شرح فتح القدير (٥/٤٧٠ ـ ٤٧٥) المغني (١٢/٥٩٥ ـ ٥٩٧) المحلى (٥/٣٩٢ ـ ٣٩٤).

(٧) أخرجه من هذه الطريق ابن أبي شيبة (٣٣٧١٥) بلفظ: «للفرس سهمين، وللرجل سهما»، وأخرجه الدارقطني (٤/١٠٦) لكن وقع فيه: «للفارس سهمين وللراجل سهما»، وقال:=

وروى ابن فضيل ووكيع عن حجاج، عن أبي صالح، عن ابن عباس «أن رسول الله ﷺ جعل للفارس ثلاثة أسهم، سهما له، وسهمين لفرسه»(١).

وقد روى سفيان الثوري عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر، وأبو معاوية الضرير عن عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ أسهم للفارس ثلاثة أسهم، سهما له وسهمين لفرسه»(٢).

فإن قيل: فقد روى عبد الله بن عمر عن نافع، عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ ضرب يوم خيبر للفارس سهمين وللراجل سهما»(٣).

= قال الرمادي: كذا يقول ابن نمير، قال لنا النيسابوري: هذا عندي وهم من ابن أبي شيبة أو من الرمادي؛ لأن أحمد بن حنبل وعبد الرحمن بن بشر وغيرهما رووه عن ابن نمير خلاف هذا».

وتعقبه ابن حجر بقوله: «قلت: لا وهم؛ لأن المعنى: أسهم للفارس بسبب فرسه سهمين غير سهمه المختص به، وقد رواه ابن أبي شيبة في مصنفه ومسنده بهذا الإسناد فقال: للفرس، وكذلك أخرجه ابن أبي عاصم في كتاب الجهاد له عن ابن أبي شيبة، وكأن الرمادي رواه بالمعنى. وقد رواه أحمد عن أبي أسامة وابن نمير معا بلفظ: «أسهم للفرس». الفتح (٧/٤٤٧)

قلت: وقد أخرجه البخاري (٢٧٦٣) من طريق أبي أسامة بلفظ: «أن رسول الله ﷺ جعل للفرس سهمين ولصاحبه سهما».

(١) أخرجه من هذه الطريق ابن أبي شيبة (٣٣٧١٧) وأخرجه ابن المنذر (٦/١٥٧) من طريق ابن فضيل وحده عن حجاج.

(٢) طريق سفيان أخرجها الدارقطني (٤/١٠٢) البيهقي (٦/٥٢٧) وتحرف عبيد الله بن عمر في سنن الدارقطني إلى عبد الله بن عمر.

وطريق أبو معاوية أخرجها أبو داود (٢٧٣٣) وابن ماجه (٢٧٥٤) وأحمد (٢/٢) والدارقطني (٤/١٠٢) وإسناده صحيح.

(٣) أخرجه الدارقطني (٤/١٠٦) والبيهقي (٦/٥٢٧) وقال: عبد الله العمري كثير الوهم، وقد وري ذلك من وجه آخر عن القعنبي عن عبد الله العمري بالشك في الفارس أو الفرس».=

قيل: غلط أبو حنيفة في رواية هذا الخبر، وذلك أن موسى بن إسحاق الأنصاري قال: نا عبد الله بن أبي شيبة قال: حدثنا وكيع، فقال حدثنا العمري ـ وهو عبد الله بن عمر بن حفص ـ عن نافع، عن ابن عمر: «قسم رسول الله ﷺ يوم خيبر للفرس سهمين وللرجل سهما. قال نافع: فإذا كان مع الرجل فرس؛ أخذ ثلاثة أسهم، وإذا كان وحده؛ أخذ سهما»[١].

فهذا خلاف ما رويناه عن العمري، فلو صح؛ لجاز أن يتأول أنه ضرب [للفارس][٢] سهمين لأجل فرسه.

على أن ما رويناه زائد، **والأخذ بالزائد أولى**، وفيه تفسير نافع الذي عنه الرواية.

على أنه (٥٧) [يفضل][٣] على عبد الله على أخيه عبيد الله في الحديث عبيد الله أثبت خلق الله[٤]، وقد روينا عنه ما رويناه.

= ونقل عن الشافعي قوله: «كأنه سمع نافعا يقول: للفرس سهمين وللرجل سهما؛ فقال: للفارس سهمين وللراجل سهما، وليس يشك أحد من أهل العلم في تقدمة عبيد الله بن عمر على أخيه في الحفظ».

قلت: وقد تقدم توجيه ابن حجر لهذا فارجع إليه.

(١) أخرجه من هذا الطريق ابن أبي شيبة (٣٣٧١٩) لكنه قال: حدثنا العمري، ولم يذكر هل هو عبيد الله أو عبد الله. وأخرجه البخاري (٤٢٢٧) لكن من طريق الحسن بن إسحاق حدثنا محمد بن سابق حدثنا زائدة عن عبيد الله بن عمر به.

فائدة: هذا الحديث يذكره الأصوليون في مسائل القياس في مسألة الإيماء، أي إذا اقترن الحكم بوصف لولا أن ذلك الوصف للتعليل لم يقع الاقتران، فلما جاء سياق واحد أنه ﷺ أعطى للفرس سهمين وللراجل سهما؛ دل على افتراق الحكم. أفاده ابن حجر في الفتح (٧/٤٤٩).

(٢) في الأصل: للفارسين.

(٣) كلمة مطموسة، والمثبت من السياق.

(٤) هكذا هذه العبارة في الأصل، والظاهر أن مقصوده تقديم عبيد الله على عبد الله في رواية=

وأيضا فإن حديث عبد الله بن عمر كان يوم بدر، وحديث عبيد الله عن نافع كان يوم [خيبر][1]، فهو متأخر ناسخ لحديث العمري عن نافع.

فإن قيل: فإن الذي روي أنه أعطى الفارس ثلاثة أسهم؛ يجوز أن يكون أعطاه السهم الثالث على سبيل النفل، كما روي أنه أعطى سلمة بن الأكوع سهم الفارس وكان راجلا[2].

قيل: عن هذا أجوبة:

أحدها: هو أن الحكم إذا نقل مع السبب؛ فإنما تعلق الحكم بالسبب المنقول لا على غيره، والسبب المنقول هو أنه أعطى الفارس ثلاثة أسهم، فعلم أنه أعطاه ذلك لكونه فارسا، ولا يعطى النفل لكونه فارسا؛ فإن النفل قد يعطاه الفارس والراجل.

وجواب آخر: وهو أن ذكر الأسهم عبارة عن الواجب المستحق، والنفل ليس بمستحق، ألا ترى أنه لما أعطى سلمة بن الأكوع على سبيل النفل؛ لم يقل: «أسهم له»، وإنما قيل: «أعطاه سهم الفارس».

وجواب آخر: وهو أن النفل لا يعطى للفرس وإنما يعطى الفارس، وفي الخبر أنه أعطى للفرس سهمين.

وجواب آخر: وهو أن النفل يعطيه الإمام في وقت، ويمنعه في وقت،

= الحديث، وعبيد الله بن عبد الله قال فيه ابن حجر في التقريب (٣٧٣) «ثقة ثبت». وقال في عبد الله بن عمر العمري (٣١٤): «ضعيف».

(١) في الأصل: حنين، والتصحيح من تخريج الحديث.

(٢) أخرجه مسلم (١٧٠٧/١٣٢).

والنبي ﷺ كان يعطي دائما للفارس ثلاثة أسهم، الدليل على ذلك ما روي أن الزبير كان يضرب له في المغنم بأربعة أسهم، سهم له وسهمين لفرسه، وسهم لأمه من سهم ذي القربى[1].

و«كان» يقتضي دوام الفعل.

وقد روى مالك عن أبي الزناد، عن خارجة بن زيد ابن ثابت: «أن النبي ﷺ أعطى للزبير أربعة أسهم، سهما له، وسهمين لفرسه، وسهما للقرابة، فقيل لمالك: فلم لم تجعل هذا في كتابك؟ فقال: قد قلت إني لم أسمع ذلك»[2].

فكان هذا القول عنده آكد من رواية واحد عن واحد (٥٨)، وأنه يجري مجرى الإجماع.

وقد روى عيسى بن يونس، عن هشام بن عروة، عن يحيى بن عباد قال: «أسهم للزبير أربعة أسهم، سهم له، وسهمان لفرسه، وسهم لأمه لذي القربى»[3].

---

(١) أخرجه النسائي (٣٥٩٣) والدارقطني (٤/١١٠ ـ ١١١) عن هشام بن عروة، عن يحيى بن عباد بن عبد الله بن الزبير، عن جده أنه كان يقول: «ضرب رسول الله ﷺ عام خيبر للزبير أربعة أسهم..» الحديث. وإسناده حسن، لكن وقع عند الدارقطني: عن يحيى بن عباد، عن عبد الله بن الزبير عن جده، فتصحف فيه «بن» إلى «عن».
وأخرجه الدارقطني (٤/١١٠ ـ ١١١) والبيهقي (٦/٥٣١) كلاهما من طرق بعضها موصول وبعضها مرسل.

(٢) أخرجه البيهقي (٦/٥٣١) بدون السؤال، وقال: وهذا من غرائب الزنبري عن مالك.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٧٢٥) وقد تقدم موصولا.

وقوله: «أسهم له» يفيد أنه عوض له، وقد روى جعفر بن عون، عن سفيان، عن سلمة بن كهيل قال: «حدثنا أصحابنا عن أصحاب محمد ﷺ قالوا: «للفرس سهمان وللرجل سهم»[1].

وقد روى عطاء عن ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ قسم يوم خيبر لمائتي فرس، لكل فرس سهمان»[2].

وروى المسعودي عن [أبي عمرة][3] عن أبيه قال: «أتينا رسول الله ﷺ يوم حنين ونحن أربعة نفر، ومع أحدنا فرس، فأعطى كل واحد سهما، وأعطى للفرس سهمين، فكان للفارس ثلاثة أسهم»[4].

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٧٢١).

(٢) أخرجه ابن المنذر (٦/١٥٧) والحاكم (٢/١٧٤) والدارقطني (٤/١٠٣) والبيهقي (٦/٥٣٠) وصححه الحاكم ووافقه الذهبي. قلت: وفيه كثير مولى بني مخزوم، وهو مجهول.

(٣) في الأصل: ابن عمر، والتصحيح من التخريج.

(٤) أخرجه أبو داود (٢٧٣٤) وأحمد (٤/١٣٧) والبيهقي (٦/٥٣٠ - ٥٣١)، ووقع عند البيهقي: ابن أبي عمرة عن أبيه. وأخرجه أبو داود (٢٧٣٥) عن رجل من آل أبي عمرة عن أبي عمرة بمعناه، إلا أنه قال: ثلاثة نفر، زاد: فكان للفارس ثلاثة أسهم».
وقال الحافظ في التهذيب (٧/٤٥١) في ترجمة أبي عمرة بعد ذكره للروايتين: «روى أبو عبد الله بن منده في معرفة الصحابة من حديث عبد الله بن عبد الرحمن بن أبي عمرة، عن أبيه، عن جده أنه جاء إلى النبي ﷺ ومعه أخ له يوم بدر أو يوم أحد، فأعطى الرجل سهما سهما، وأعطى الفرس سهمين. والاختلاف فيه على المسعودي، وكان قد اختلط، ورواية ابن منده هي من طريق يونس بن بكير عنه، ورواية أبي داود من طريق أمية بن خالد عنه، والثانية من رواية أبي عبد الرحمن المقري عنه، والظاهر من مجموع ذلك أن الحديث لأبي عمرة الأنصاري لا لغيره، والله تعالى أعلم، ومن الجائز أن يكون عبد الله بن عبد الرحمن يكنى أبا عمرة، فتلتئم رواية أمية بن خالد مع رواية يونس بن بكير، إلا أن يونس يزيد عليه قوله «عن جده»، وهو أصوب، والله تعالى أعلم».

وروي عن المقداد قال: «أعطاني رسول الله يوم بدر ثلاثة أسهم، سهمين لفرسِي وسهما لي»[1].

وابن جريج عن صالح بن كيسان: «أن النبي ﷺ قسم يوم النضير لستة وثلاثين فرسا، لكل فرس سهمين»[2].

ومن الدلالة على ذلك؛ إجماع الصحابة، وهو ما روي عن عمر وعلي أنهما قالا: «للفارس ثلاثة أسهم، سهم له، وسهمان لفرسه»[3].

وما رويناه عن سلمة بن كهيل قال: «حدثنا أصحابنا عن أصحاب محمد ﷺ قالوا: للفرس سهمان وللرجل سهم»[4].

وإذا حكي عن أصحاب محمد؛ توجه إلى جماعتهم، وقد روى عمرو بن ميمون قال: كتب عمر بن عبد العزيز إلى أمراء الثغور: «أما بعد، فإن [السهام][5] كانت على عهد رسول الله ﷺ سهمين للفرس، وسهما للرجل، وما أظن أحدا هم بانتقاص فريضة فرضها رسول الله ﷺ حتى فعل ذلك رجال ممن يقاتلون الحصون، فأعد السهمين إلى ما كانت على عهد رسول الله (٥٩) ﷺ، وكيف تنقص سهمان الخيل [وهي لمسرحهم بالليل، ولمسالحهم

(١) أخرجه الدارقطني (١٠٣/٤) وأخرج عنه أيضا أن ذلك كان يوم خيبر.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٩٣٢٢) وأخرج ابن أبي شيبة (٣٣٧٢٠) عن يحيى بن سعيد، عن صالح بن كيسان، أن النبي ﷺ أسهم يوم خيبر لمائتي فرس، لكل فرس سهمين.

(٣) أثر عمر بن الخطاب أخرجه من فعله ابن المنذر (١٥٩/٦) والبيهقي (٥٣٢/٦)
وأما أثر علي؛ فأخرجه ابن المنذر أيضا (١٥٧/٦ ـ ١٥٩) البيهقي (٥٣٢/٦).

(٤) تقدم تخريجه (١٠٨/٥).

(٥) في الأصل: السهمين، والتصحيح من تخريج الأثر.

بالنهار][1] بإذن الله، ولطلبهم ما أرادوا طلبه»[2].

قال مالك: وقد بلغني أن عمر بن عبد العزيز كان يقول: بلغني أن رسول الله ﷺ قال: «للفرسان سهمان، وللرجل سهم»[3].

وقد روى مجالد عن عامر قال: «لما فتح سعد بن أبي وقاص جلولاء أصاب المسلمون ثلاثين [ألف ألف][4]، فقسم للفارس ثلاثة آلاف مثقال، وللرجل ألف مثقال»[5].

وقد ذكر جماعة من الشيوخ الثقات عن جماعة من أهل ثغور شتى أنهم لا يعرفون ثغرا في الإسلام إلا على ما قاله مالك رحمه الله، وأنهم ما رأوا ولا سمعوا قط بما قال أبو حنيفة.

وأيضا فإن الراجل يستحق سهما واحدا بلا خلاف، ولا خلاف أن الفارس يزاد على سهم الراجل، وإنما زيد عليه لأنه أكثر مؤونة من الراجل؛ لأنه يحتاج إلى مؤنة فرسه، فإنه يحتاج إلى من يسوسه ويقوم به، فالمعنى الذي زيد سهم الفارس على الراجل لأجله؛ موجود من الفارس.

---

(١) في الأصل: وهي لمسالحهم بالليل ولطلب. والتصحيح من التخريج.
والمسالح: جمع مسلحة، وهم القوم الذين يحفظون الثغور من العدو، وسموا مسلحة لأنهم يكونون ذوي سلاح، أو لأنهم يسكنون المسلحة، وهي كالثغر والمَرقب يكون فيه أقوام يرقبون العدو لئلا يطرقهم على غفلة، فإذا رأوه أعلموا أصحابهم ليتأهبوا له. النهاية (٤٣٩).

(٢) أخرجه ابن أبي شيبة في المصنف (٣٣٧٢٧).

(٣) انظر المدونة (١/٧٤٧).

(٤) ساقط من الأصل، والمثبت من مصنف ابن أبي شيبة.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٧٣٠).

قيل(١): ما رويناه أولى؛ لأنه زائد ومتأخر؛ لأن خيبر كانت بعد بدر بخمس سنين، وهو أيضا يستند إلى فعل الصحابة.

فإن قيل: فقد روى مجمع بن [جارية](٢) الأنصاري: «أن رسول الله ﷺ قسم خيبر على ثمانية عشر سهما، قال: وكان الجيش ألفا وخمس مائة، منها ثلاث مائة فارس»(٣).

وهذا في الحساب لا محالة يكون للفرس سهم وللفارس سهم، لأنه يكون ثلاثة مائة فارس، وألف وخمس مائة رجل، فيكون كله ألفا وثمان مائة، وعلى ثمانية عشر يكون لكل مائة سهم.

قيل: قد نقلنا عن عطاء عن ابن عباس: «أن رسول الله ﷺ أسهم يوم خيبر لمائتي فرس، لكل فرس سهمين، وكان الجيش ألفا وأربع مائة، منها مائتا فرس»(٤).

---

(١) هكذا في الأصل، والظاهر أنه جواب لاعتراض سقط.

(٢) في الأصل: حارثة، والصواب ما أثبته، وقد وقع الخطأ أيضا في المغني (١٢/٥٩٦) وانظر الفتح (٧/٤٤٧).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٧٣٦) ابن أبي شيبة (٣٣٧٣٢) والدارقطني (٤/١٠٥ ـ ١٠٦) والبيهقي (٦/٥٢٩) ونقل عن الشافعي تجهيله لمجمع بن يعقوب، وتعقبه ابن التركماني بأنه معروف، ونقل كلام الحاكم وابن معين في توثيقه.
وقال ابن حزم في المحلى: «مجمع مجهول، وأبوه كذلك».
وتعقبه ابن الملقن في التوضيح (١٧/٥٣١ ـ ٥٣٢) بقوله: «وأخطأ؛ فمجمع روى عنه جماعة، منهم قتيبة والقعنبي، ووثقوه، منهم ابن معين، وأبوه روى عنه ابن أخيه أيضا إسماعيل بن مجمع، وعبد العزيز بن عبيد الله بن حمزة بن صهيب، وذكره ابن حبان في ثقاته».
وقال الحافظ في التقريب (٥٢٠): «صدوق». وقال في الحديث: «إسناده ضعيف». الفتح (٧/٤٤٧).

(٤) تقدم تخريجه (٥/١٠٨).

وقد قال أبو داود: «قد وهم مجمع بن جارية في حديث خيبر، والصواب
(٦٠) ما رواه المسعودي [عن أبي عمرة عن أبيه][1] أن رسول الله ﷺ أعطى للفارس ثلاثة أسهم[2]، فدل على صحة قولنا.

فإن قيل: فإنه حيوان يستحق به السهم من الغنيمة؛ فوجب أن لا يزاد على سهم واحد، أصله الراجل.

قيل: هذه عبارة غير مستقيمة؛ لأنكم إن قلتم: حيوان يستحق به السهم؛ قلنا لكم: الدابة لا تستحق السهم، إنما يستحق بها، وإن قلتم: حيوان يسهم له؛ قلنا: لا يسهم للفرس، وإنما يسهم للفارس لأجله.

على أن الراجل دلالة لنا، وذلك أنه لما كان أقل مؤونة من الفارس؛ كان سهمه أقل من سهم الفارس.

وأيضا لما كانت مؤونة الراجل أقل من مؤونة الفرس؛ وجب أن لا يبلغ سهمه سهم الفرس.

فإن قيل: فإن الفارس إنما زيد في سهمه بكثرة مؤنته على مؤنته، ووجدنا مؤنة الراجل أكثر من مؤنة الفرس؛ لأنه يحتاج مع المأكول والمشروب إلى سلاح وآلة وغير ذلك، فلما تقرر أنه مع كثرة مؤنته لا يزاد على سهم واحد؛ فالفرس الذي هو دونه في المؤنة أولى أن لا يزاد على سهم واحد.

---

(١) كلمات لم أتبينها من الأصل، وما أثبته أقرب إلى رسمها. وأما قول أبي داود، فيبدو أن المصنف نقله بالمعنى، ونص عبارة أبي داود في السنن (٤١٧): «وأرى الوهم في حديث مجمع أنه قال: ثلاث مائة فارس، والصواب: مائتي فارس».

(٢) تقدم تخريجه (١٠٩/٥).

قيل: هذا محال ومكابرة العيان؛ لأننا نعلم يقينا أن مؤنة الفرس أكثر؛ لأنه يحتاج إلى علف وقضيم[1] وماء ومكان، ومن يخدمه ويسوسه، والفارس يخدم نفسه.

فإن قيل: فإن تأثير الرجل في الحرب أكثر من تأثير الفرس؛ لأن الرجل يقاتل بلا فرس، والفرس لا يعمل شيئا بلا فارس، فلما لم يزد الفارس على سهم واحد مع تأثيره؛ فالفرس أولى بأن لا يزاد على سهم واحد.

وأيضا فإن القياس اقتضى أن لا يسهم للفرس أصلا لأنه كالآلة للرجل، وآلة الرجل من سلاح وغيره لا يسهم له، إلا أن الإجماع قد حصل على أنه يعطى سهما، فالقدر الذي أجمعنا عليه أثبتناه، وما زاد عليه واختلفنا (٦١) فيه؛ أسقطناه بمقتضى أصل القياس.

قيل: أما الفصل الأول من تأثير الرجل في الحرب أكثر من تأثير فرسه [فلا يصح][2]؛ لأنه به يكر، وبه يحمل ويلحق ما يريده، وبه ينجو إذا خاف لحوق العدو وبه [تقع الهزيمة، ومنها][3] ينجي فارسه، وخوف العدو من الفارس أشد من تخوفهم من الراجل، ألا ترى أنه قد فرق بين الفرس وبين الآلة التي صاحبها يعمل وهي بانفرادها لا تعمل، فأسهم للفرس كما أسهم للفارس، فإذا أخرج عن الآلة وأسهم له؛ وجب أن يسهم له على حساب مؤنته، والآلة ليست لها مؤونة إلا لإصلاحها، فهو كإصلاح الفرس في نفسه، فأما علفه وسوسه؛ فليس للآلة ذلك.

---

(١) القضيم: شعير الدابة. الصحاح (قضم).

(٢) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٣) هكذا بالأصل.

أما الفصل الثاني الذي ذكروه من أن القياس يقتضي أن لا يسهم للفرس، ولكنه أسهم له بالإجماع؛ ففيه جوابان:

أحدهما: أن القياس اقتضى ما ذكروه، غير أننا قد أجمعنا على أن حكم القياس مطرح، وأنه يسهم له، فلا ينبغي أن يعتبر حكم القياس، ولكننا نرجع إلى الأدلة التي أوجبت أن يسهم له، وينظر فيما يجب أن يسهم له.

والجواب الآخر: هو أن القياس يسقط بما هو أقوى منه، فإذا سقط وحصل الإجماع على أنه يسهم له؛ نظرنا فيما يسهم له، وقد ذكرنا الأخبار التي هي نصوص فيما يسهم له، وذكرنا ما يجري مجرى الإجماع.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓا۟ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَىْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾[1].

فأضاف الغنيمة للغانمين، وهذا يوجب التسوية بينهم إلا أن تقوم دلالة.

قيل: بيان القسمة بينهم مأخوذ من دلالة أخرى، وهو ما جعله النبي ﷺ للفارس والرجل، وقد ذكرناه.

وإنما المراد من الآية ذكر الخمس المأخوذ منها.

وقول أبي حنيفة: إني أكره أن أفضل (٦٢) بهيمة على مسلم؛ فعنه جوابان:

أحدهما: أنه لا ينبغي أن يسوي بينهما أيضا.

ثم إنه يسقط لأنه لو أتلف دابة لإنسان وهي تساوي عشرين ألف درهم؛

(١) سورة الأنفال، الآية (٤١).

للزم المتلف جميع القيمة، ولو أتلف صاحبها؛ للزمه عشرة آلاف درهم، فقد فضل دابته عليه[1].

والجواب الآخر: هو أن الجميع يصير إلى الفارس، فإن أراد أن لا يفضل الفر س على الراجل؛ فقد سوى بينهما[2]، فلا ينكر الزيادة، وبالله التوفيق.

مَسْأَلَة (١١):

والهُجُن والبراذين بمنزلة الخيل إذا أجازها الوالي[3]، والفرس من الخيل هو العربي، والبرذون هو النَّبطي، أبوه نبطي وأمه كذلك، والهجين أمه عربية وأبوه نبطي، [والمعرب][4] الذي أبوه عربي وأمه نبطية.

وجميع هذا سواء عندنا وعند أبي حنيفة والشافعي[5].

---

(١) «ثم هو يسهم للفرس وإن لم يقاتل عليه، ولا يسهم للتاجر ولا الأجير إلا أن يقاتلا، فقد فضل بهيمة على إنسان». المحلى (٥/٣٩٣).

(٢) «لو لم يثبت الخبر لكانت الشبهة قوية؛ لأن المراد المفاضلة بين الراجل والفارس، فلولا الفرس ما ازداد الفارس سهمين عن الراجل، فمن جعل للفارس سهمين؛ فقد سوى بين الفرس وبين الرجل، وقد تعقب هذا أيضا لأن الأصل عدم المساواة بين البهيمة والإنسان، فلما خرج هذا عن الأصل بالمساواة؛ فلتكن المفاضلة كذلك.. والحق أن الاعتماد في ذلك على الخبر». أفاده ابن حجر في الفتح (٧/٤٤٧ ـ ٤٤٩).

(٣) «قال المازري: ولم يشترط ابن حبيب إجازة الوالي، وفسر البراذين بأنها الخيل العظام، وفسرها غيره بما كان أبوه وأمه نبطيين، فإن كانت الأم نبطية والأب عربي؛ فهجين، وبالعكس مقرف، ومنهم من عكس». الذخيرة (٣/٤٢٦) وانظر الحاوي الكبير (٧/٤١٧).

(٤) في الأصل: المعروف، والتصحيح من عيون المجالس.

(٥) انظر المدونة (١/٧٤٦) الكافي (٢١٤) المعونة (١/٤٥٤ ـ ٤٥٦) الذخيرة (٣/٤٢٦) الأم=

وقال أحمد بن حنبل: يسهم للخيل التي هي العراب لكل فرس سهمان، وللبرذون سهم واحد[1].

وقال مكحول[2] والأوزاعي[3]: لا يسهم إلا للعربي، ولا يسهم للبرذون[4].

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا۟ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾[5].

فأمر بأن يربط للمشركين رباط الخيل، قيل: إنها الإناث[6]، واسم الخيل يقع على الجميع.

وقال النبي ﷺ: «الخيل معقود في نواصيها الخير إلى يوم القيامة»[7].

= (٣١٧/٥) الأوسط (١٦٤/٦ ـ ١٦٧) الحاوي الكبير (٤١٧/٧) و(١٦١/١٤ ـ ١٦٢) بدائع الصنائع (٥٠٤/٩) الهداية مع شرح فتح القدير (٤٧٧/٥ ـ ٤٧٧).

(١) «قال الخلال: وروى عنه ثلاثة متيقظون أنه يسهم للبرذون مثل سهم العربي، واختاره الخلال. وحكى أبو بكر عن أحمد رواية ثالثة أن البراذين إن أدركت إدراك العراب؛ أسهم لها مثل الفرس العربي، وإلا فلا، وحكى القاضي رواية رابعة أنه لا يسهم لها». المغني (٥٩٧/١٢ ـ ٥٩٩).

(٢) ونقل عنه ابن المنذر في الأوسط (١٦٥/٦) مثل قول الجمهور.

(٣) ووردت أحاديث تدل على مذهبهم، لكنها ضعيفة، وقد ذكرها البيهقي في الكبرى (٥٣٢/٦ ـ ٥٣٣) وبين ضعفها.

(٤) نقل ابن المنذر (١٦٧/٦) عن مكحول الإسهام للمقرف سهما، ونقل عن الأوزاعي الإسهام للهجن وشبهه، واتفقا على عدم الإسهام للبراذين، وعليه فعبارة المصنف هنا فيها نظر لما قال نقلا عنهما: لا يسهم إلا للعربي. والله أعلم.

(٥) سورة الأنفال، الآية (٦٠).

(٦) وهو قول عكرمة، وهو عام في الذكور والإناث في قول الجمهور. زاد المسير (٣٧٥/٣).

(٧) أخرجه البخاري (٢٧٥٠) ومسلم (٩٧/١٧٧٣ ـ ٩٩) وتفسير الخير بالمغنم ورد في نفس=

وأراد بالخير الغنيمة، فذكر جنس الخيل.

وأيضا فلا فرق بين العربي والنبطي؛ لأنهما جميعا يقع بهما الكر والفر، إلا أن العربي أجرى وأطوع لصاحبه، والبرذون أشد وأصبر، فبإزاء ما في العربي من الحدة في الجريان والطاعة ما في البرذون من الصبر والشدة، وإن كان الأصل في ذلك أن يسهم للعربي بجريانه وسرعته، فالذي نص فيه على إناث الخيل لقوله تعالى: ﴿وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ﴾[1]، إلا أن الذكور يقوم مقامها، فكذلك الهُجن والبراذين (٦٣). [ ][2]

فإن قيل: كل موضع روي فيه أن النبي ﷺ جعل وفرض للفرس وكذلك أعطى؛ فإنما أعطاه لأجل فرسه، وإطلاق اسم الفرس يختص بالعربي، فأما البرذون؛ فلا يدخل بالإطلاق تحت اسم الفرس، واسم البرذون أخص به، فإذا كان عليه السلام إنما فرض للفرس؛ خرج فعله مخرج البيان، فلا ينبغي أن يفرض إلا لما فرض له، هذا هو الأصل، وكان ينبغي أن يفرض للبرذون شيء، ثم قامت الدلالة في أن يفرض له سهم باتفاقنا، وبقي السهم الآخر المختلف فيه واقفا على الدلالة.

قيل: الأصل في ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسْتَطَعْتُم مِّن قُوَّةٍ وَمِن رِّبَاطِ ٱلْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾[3].

يعني إناثها لشدة سرعتها، واسم الخيل ينطلق على الجميع، وفيه البراذن والهجن.

= الحديث عند مسلم: فقيل له: يا رسول الله! بم ذاك؟ قال: «الأجر والمغنم إلى يوم القيامة».

(١) سورة الأنفال، الآية (٦٠).

(٢) طمس بمقدار سطر.

(٣) سورة الأنفال، الآية (٦٠).

فإذا قيل: إن النبي ﷺ جعل للفرس وفرض للفرس ؛ فإنما فعل ذلك لأن الغالب من العرب أنها كانت تقتني العراب المحض ، ففرض ﷺ لما وجده معهم.

قيل: جعل للفرس ثلاثة أسهم ، وراكب البرذون هو فارس لا محالة ، وفيه تنبيه على أن كل فارس هذا حكمه ، سواء كانت فرسه من العراب ، أو الهجن ، أو البراذن ، وإنما خرج فعله ﷺ مخرج البيان في أن جنس الخيل يفرض لها دون غيرها من سائر الأجناس ، مثل البغال والحمير والإبل.

على أن الدلالة التي قامت لكم في فرض سهم واحد للبرذون هي الدلالة على أن يسهم له سهمان ؛ لأن مؤنته ومؤنة العربي واحدة ، وإنما زيد الفارس على سهم الراجل لزيادة مؤنته ، فلا فرق بين الفرس العربي والبرذون ، ونحن نقول: يسهم للخيل العراب لسرعتها ، ولا يسهم للبرذون أصلا إلا إذا أجازها الولي ، وهو إذا كانت العراب (٦٤) قليلة ، ورأى أن يجيز البراذين والهجن ؛ فإن صاحبها لا يكون راجلا ، وهو فارس.

وعلى كل حال ؛ فللفارس الذي هو راكب البرذون وللهجين في القتال من الهيبة والسرعة ما ليس لغيره ، مع كون الجميع من جنس الخيل ، وإن كانت العراب أسرع ؛ فهي كما أن إناثها أسرع من ذكورها ، ثم يفرض للذكور كما يفرض للإناث لكونها كلها من جنس الخيل. وبالله التوفيق.

وروى سليمان بن موسى قال: كتب أبو موسى إلى عمر: «إننا لما فتحنا تُستَر أصبنا خيلا عراضا ، فكتب إليه عمر: تلك البراذن فأسهم لها»(١).

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ ابن أبي شيبة (٣٣٧٤٠) وأخرجه عبد الرزاق (١٧٧/٥) بلفظ: «إنه كان في الخيل العراب موت وشدة ، ثم كانت بعدها أشياء لسبت تبلغ مبالغ العراب ، براذين=

وكتب [معاوية][1] بن الحارث وكان يلي مَلَطْية[2] إلى عمر بن عبد العزيز: إن رجالا يغزون بخيل ضعاف جُذّع وثُني[3]، ليس فيها رد على المسلمين، ويغزو الرجل بالبرذون القوي الذي ليس دون الفرس إلا أن يقال برذون، فما ترى فيها؟ فكتب إليه عمر: ما كان من الخيل الضعاف التي ليس فيها رد عن المسلمين؛ فأعلم أصحابها أنك غير مسهمها، وما كان من تلك البراذين رائع الجري والمنظر؛ فأسهمه سهما مثل الخيل العراب»[4].

وقال سفيان والحسن: «البراذين مع الخيل سواء»[5].

مَسْألة (١٢):

قال: ولا يسهم إلا لفرس واحد[6].

وبه قال أبو حنيفة[7] والشافعي[8].

= وأشباهها، فأحب أن ترى فيها رأيك، فكتب إليه عمر: أن يسهم للفرس العربي سهمان، وللمقرف سهم، وللبغل سهم».

(١) هكذا بالأصل، ووقع في الحلية لأبي نعيم: (٣٣٤/١): «جعونة».

(٢) ملطية: بفتح أوله وثانيه وسكون الطاء وتخفيف الياء، والعامة تقوله بتشديد الياء وكسر الطاء: هي من بناء الإسكندر، وجامعها من بناء الصحابة، بلدة من بلاد الروم مشهورة مذكورة، وهي تتاخم الشام، وهي للمسلمين. معجم البلدان (١٩٢/٥).

(٣) أصل الجذع من أسنان الدواب هو ما كان منها شابا فتيا. انظر النهاية (١٤٣).

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٧٣٦).

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٧٣٧) عن الحسن، وأخرجه برقم (٣٣٧٤٧) عن سفيان، ونقله ابن المنذر عن سفيان (١٦٥/٦) ونقل (١٦٦/٦) عن الحسن مثل قول أحمد.

(٦) انظر الكافي (٢١٤) الإشراف (٤٣٩/٣ ـ ٤٤١) الذخيرة (٤٢٥/٣).

(٧) وهو ما ذهب إليه ابن حزم أيضا كما في المحلى (٣٩٤/٥ ـ ٣٩٥).

(٨) وبه قطع جمهور الشافعية، وحكى بعضهم قولا أنه يسهم لفرسين ولا يزاد. انظر الأم=

وقال [أحمد][1] والأوزاعي وإسحاق: يسهم لفرسين، ولا يسهم لأكثر من ذلك[2].

وهو قول أبي يوسف[3].

ورأيت أبا بكر بن الجهم قد خالف مالكا - رحمه الله - في ذلك، وقال: أنا بريء من هذا القول، فإنني رأيت من انتهى إلي من الفقهاء والمجاهدين وأهل الثغور كلهم يقولون: إنه يسهم لفرسين، فإن صاحب الفرس الواحد شبيه بالراجل؛ لأن الفرس الواحد لا تؤمن عليه الحوادث، وهي من الاثنين أبعد.

قال: ومالك - رحمه الله - لم يجاهد فيشاهد الأمر، ولعله ذهب (٦٥) عنه هذا.

قال: وقد حدثنا الأنصاري قال: حدثنا عبد الله قال: حدثنا وكيع قال: حدثنا سفيان وإسرائيل عن أبي إسحاق قال: «شهدنا غزاة مع سعيد بن عثمان، ومعنا هانئ بن هانئ، ومعنا فرسان، ومع هانئ [فرسان][4]، فأسهم لي ولفرَسَيّ خمسة أسهم، وأسهم لهانئ ولفرسيه خمسة أسهم»[5].

= (٣١٧/٥ - ٣٢٠) الأوسط (١٦١/٦ - ١٦٤) الحاوي الكبير (٤١٧/٧ - ٤١٩) روضة الطالبين (٣٧٤/٦).

(١) ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس.

(٢) المغني (٦٠١/١٢ - ٦٠٢) مسائل الإمام أحمد وإسحاق برواية الكوسج (٣٧٤٥/٧ - ٣٧٤٦) وبه قال ابن يونس كما في الذخيرة (٤٢٥/٣) وابن وهب كما في النوادر والزيادات (١٥٧/٣).

(٣) بدائع الصنائع (٥٠٤/٩) الهداية مع شرح فتح القدير (٤٧٤/٥ - ٤٧٧).

(٤) ساقط من الأصل، والمثبت من التخريج.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٧٥٤).

وأخرجه عبد الرزاق (٩٣١٧) عن الثوري عن أبي إسحاق عن هانئ بن هانئ قال: «أسهم=

قال: وحدثنا الأنصاري قال: حدثنا عبد الله بن إدريس، عن ابن إسحاق، عن يزيد بن يزيد بن جابر، عن مكحول: «لا يسهم لأكثر من فرسين إذا كان الرجل واحدا، وما كان سوى ذلك فهو جنائب»(١).

قال: وحدثنا الأنصاري قال: حدثنا محمد بن بكر، عن ابن جريج، عن سليمان بن موسى: «إن أدرب رجل بأفراس؛ قسم لكل فرس سهمان»(٢).

قال: وحدثنا الأنصاري، حدثنا عبد الله، قال: حدثنا جرير بن عبد الحميد، عن يحيى بن سعيد: «في الرجل يكون معه الأفراس لا يقسم له عند المغنم إلا لفرسين»(٣).

قال: وحدثنا محمد بن النضر، قال: حدثنا معاوية، قال: حدثنا أبو

= له في إمارة سعيد بن عثمان لفرسين، لهما أربعة أسهم، وله سهم».
وأخرجه سعيد بن منصور (٢٧٩/٢) من طريق حديج عن أبي إسحاق قال: «كنت مع ابن عثمان ومعي فرسان، فأعطاني لكل فرس سهمين أربعة أسهم».
وقال البيهقي في الكبرى (٥٣٢/٦): «وفي كتاب القديم رواية أبي عبد الرحمن عن الشافعي حديث شاذان، عن زهير عن أبي إسحاق قال: غزوت مع سعيد بن عثمان فأسهم لفرسي سهمين ولي سهما، قال أبو إسحاق: وبذلك حدثني هانئ بن هانئ عن علي ﷺ، وكذلك حدثني حارثة بن مضرب عن عمر ﷺ».

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٧٥٣). وانظر تنقيح التحقيق (٦٠٢/٤ ـ ٦٠٣) والجنائب: قال في النهاية (١٦٧): «والجنب في السباق أن يجنُب فرسا إلى فرسه الذي يسابق عليه، فإذا فتر المركوب؛ تحول إلى المجنوب». وانظر أيضا القاموس (٦٧/١).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٩٣٢١) ابن أبي شيبة (٣٣٧٥٦) وقال: أدرب: يعني دخل بها أرض العدو.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٧٥٢) لكن جعله عن يحيى بن سعيد عن الحسن، والظاهر أن الحسن سقط من الأصل، وسيذكر المصنف أن ممن قال بهذا القول الحسن، ولم يسبق له ذكر إلا في هذا الحديث، والله أعلم.

إسحق، عن سفيان والأوزاعي: «إذا غزا بفرسين؛ أعطي خمسة أسهم، ولا يسهم لأكثر من ذلك»[(١)].

فهذا على ما رواه إجماعا؛ لأن الحسن قاله وهو بصري، ومكحول وهو شامي، ويحيى بن سعيد مدني، والثوري وهو كوفي، وقد ذكر معهم في آخرين.

قال: ولم أسمع أن أحدا قال غير هذا القول إلا مالكا وأبا حنيفة ومن ذكر معهما إلا في حديث حدثنيه بعض أصحابنا، قال: نا أحمد بن المؤمل الصنابحي ـ بصري ثقة ـ قال: نا نصر بن علي، قال: حدثني أبي وأبو أحمد الزبيري عن عمرو بن العلاء، عن نافع، عن ابن عمر أن النبي عليه السلام أعطى للزبير سهما وللفرس سهمين [ ][(٢)] فجاء الزبير بن العوام بأفراس فلم يعطه النبي عليه السلام إلا لفرس واحد[(٣)].

وقال: وحدثنا بعض أصحابي قال: حدثنا. محمد [بن يوسف][(٤)]،
(٦٦) قال: حدثنا محمد بن سنان القزاز، قال: حدثنا أبو عاصم، عن عبد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر: «أن الزبير حضر بأفراس يوم حنين، فلم

---

(١) انظر الأوسط (٦/١٦١) والتوضيح لابن الملقن (١٧/٥٣٧) وقد روي عن عمر رضي الله عنه أخرجه سعيد ابن منصور (٢/٢٧١) وأخرج أيضا (٢/٢٧١) عن الأوزاعي أن رسول الله ﷺ كان يسهم للخيل وكان لا يسهم للرجل فوق فرسين، وإنه كان معه عشرة أفراس». وهو مرسل جيد كما قال ابن الملقن في البدر (٧/٣٥٢) لأنه من رواية إسماعيل عن الشاميين، فهو حجة إذن.

(٢) كلمة ممحوة.

(٣) لم أجده من هذه الطريق، وقد تقدم ما يغني عنه، وأما قوله: حضر بأفراس له فلم يعطه.. فسيأتي بعد قليل.

(٤) طمس بالأصل، والمثبت من سنن الدارقطني.

يسهم له رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد»[1].

وهذا أحسن من الأول، وهما يتقاربان في الضعف، واحتج أيضا من نصر هذا القول بما روي عن مكحول أن رسول الله ﷺ أعطى الزبير يوم [خيبر][2] خمسة أسهم، سهما له، وسهمين لفرسيه[3].

قالوا: ولأنه إنما يسهم له لأجل فرسه لما يلحقه من المؤونة، والمؤونة في الفرس الآخر موجودة.

والدليل لقولنا ما رواه ابن الجهم بالإسناد الذي ذكره عن ابن عمر: «أن الزبير جاء إلى خيبر ومعه أفراس فلم يسهم له رسول الله ﷺ إلا لفرس واحد»[4].

---

(١) أخرجه ابن المنذر (٦/١٦٣) من طريق محمد بن إسماعيل، عن أبي بشر، عن أبي عاصم، عن عبد الله بن عمر به. وإسناده ضعيف لضعف عبد الله بن عمر العمري، وقد تقدم ما فيه.
وأخرجه الدارقطني (٤/١٠٩ ـ ١١٠) من طريق القزاز، عن إسحاق بن إدريس، عن إسماعيل بن عياش، عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عبد الله بن الزبير، عن الزبير قال: أعطاني رسول الله ﷺ يوم بدر أربعة أسهم.. الحديث. وقد تقدم بيان ما فيه.

(٢) في الأصل: حنين، وهو من تحريف النساخ فاجتنبه كما قال ابن الملقن في البدر (٧/٣٥٢).

(٣) رواه الشافعي في الأم (٥/٣١٩ ـ ٣٢٠) معلقا عن مكحول، وقال: «وحديث مكحول عن النبي ﷺ مرسل.. ولو كان كما حدث مكحول أن الزبير حضر خيبر بفرسين فأخذ خمسة أسهم؛ كان ولده أعرف بحديثه، وأحرص على ما فيه زيادة من غيرهم إن شاء الله».
ونقله عنه البيهقي في الكبرى (٦/٥٣٤) وضعفه أيضا ابن حزم في المحلى (٥/٣٩٤) وانظر البدر المنير (٧/٣٥١ ـ ٣٥٢)
قلت: وقد تقدم (٥/١٠٧) حديث ابن الزبير، وأنه إنما ضرب له أربعة أسهم، سهما له، وسهمين لفرسه، وسهما لأمه.

(٤) تقدم تخريجه (٥/١٢٢).

فإن قيل: فقد روينا أنه أعطاه لفرسين(١).

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه مرسل، وخبرنا متصل، فهو أولى.

والجواب الآخر: هو أنه أعطاه سهم الفرس الراتب، ونفله الباقي بدلالة خبرنا، وقد روي أن النبي ﷺ حضر خيبر بثلاثة أفراس: السكب، [والظرب](٢)، والمرتجز، ولم يأخذ إلا لفرس واحد، ولم يختلف أهل المغازي أنه لم يأخذ إلا لفرس واحد(٣).

وأيضا فإنه زيادة على كفاية الفارس؛ فوجب أن لا يسهم له، دليله الفرس الثالث.

فإن قيل: ليس له كفاية في الفرس الواحد؛ لأنه قد يموت فيصير صاحبه راجلا.

قيل: وقد يموت أيضا الثاني، ومع هذا لم يسهم للثالث.

وأيضا فإن القتال لا يحصل على الأكثر من واحد، فالحاجة مفتقرة إليه، وما زاد عليه؛ فهو زينة وفخر، فلم يستحق السهم لما هو زينة وجمال،

---

(١) تقدم تخريجه قبل قليل.

(٢) في الأصل: الضرب، والصواب ما أثبتّه، وقال في النهاية (٥٧٠): «كان له ﷺ فرس يقال له: الظرِب، تشبيها بالجبيل لقوته، ويقال: ظرِّبت حوافر الدابة أي اشتدت وصلبت».

(٣) قال البيهقي في الكبرى (٩/٩٠): «ذهبنا إلى أهل المغازي فقلنا: إنهم لم يرووا أن النبي ﷺ أسهم لفرسين، ولم يختلفوا أن النبي ﷺ حضر خيبر بثلاثة أفراس لنفسه: السكب والظرب والمرتجز، ولم يأخذ منها إلا لفرس واحد».

كما نقول: إن المرأة إذا كانت ممن يُخدَم مثلها؛ فعلى الزوج إخدامها بخادم واحد، ولا يلزمه أكثر من ذلك؛ لأن الكفاية تحصل به، وما (٦٧) زاد عليه؛ فهو فخر وجمال.

وأما قولهم: إن المؤونة فيه كهي في الأول، ومع ذلك لا يسهم لثلاثة[١]. وبالله التوفيق.

مسألة (١٣):

وإذا دخل دار الحرب فارسا ثم مات فرسه قبل القتال؛ فلا يسهم لفرسه إذا حصلت [الغنيمة][٢] والقسمة، بمنزلته لو مات [هو][٣] قبل القتال[٤].

فأما إذا مات فرسه في القتال أو بعده؛ فإنه يسهم له إذا حصلت الغنيمة، بمنزلته لو مات [هو][٥] وقد شهد الوقعة[٦].

(١) هكذا العبارة في الأصل، والظاهر أن هناك سقطا، ويمكن تكميل العبارة: وأما قولهم: إن المؤونة فيه كهي في الأول؛ فإننا نقول: والمؤونة في الثالث كهي في الثاني، ومع ذلك لا يسهم لثلاثة.

(٢) ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس.

(٣) ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس.

(٤) نقل ابن الملقن في التوضيح (١٧/٥٣٧) والحافظ في الفتح (٧/٤٤٩) عن مالك أنه يستحق السهم إذا أدرب ولو لم يحضر القتال، وما نقله المصنف هنا؛ يخالف ما نقلاه، وأهل الدار أدرى بما فيها، والله أعلم.

(٥) ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس.

(٦) انظر المدونة (١/٧٤٧ ـ ٧٤٧) الذخيرة (٣/٤٢٦).

وبه قال الشافعي[^١].

وقال أبو حنيفة: إذا دخل دار الحرب فارسا ثم مات فرسه قبل القتال؛ أسهم له من الغنيمة إذا حيزت[^٢].

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ وَلِلرَّسُولِ﴾[^٣].

فأضاف الله تعالى الغنيمة إلى الغانمين، فالظاهر اقتضى أن تكون الغنيمة بينهم بالسواء إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا فإن كل حالة لو مات الفارس فيها لبطل سهمه؛ فإذا مات الفرس بطل سهمه، أصله إذا كان القتال في دار الإسلام لما تقرر أنه لو مات الفارس قبل تقضي الحرب[^٤].

ولنا أن نقيس ذلك على الفارس، ونستدل منه أيضا باستدلال وقياس، فالاستدلال هو أن الفارس يستحق بنفسه لنفسه، وما يستحق بفرسه لنفسه فهو غيره، فلأن يبطل ثبوت [القدر][^٥] الذي يستحق به لنفسه؛ أولى[^٦]؛ لأن

(١) الأوسط (٦/١٦٧ ـ ١٧٠) الحاوي الكبير (٧/٤٢١ ـ ٤٢٢) وهو مذهب أحمد بن حنبل. انظر المغني (١٢/٥٩٤ ـ ٥٩٥).

(٢) التجريد (٧/٤١٤٧ ـ ٤١٥١) الهداية مع شرح فتح القدير (٥/٤٧٧ ـ ٤٩٠).

(٣) سورة الأنفال، الآية (٤١).

(٤) هكذا العبارة في الأصل، والظاهر وجود سقط، وتكميله: لم يكن له شيء.

(٥) في الأصل: الفقير، ولا وجه له والله أعلم.

(٦) هكذا العبارة في الأصل، والظاهر سقوط الشرط، ويمكن تقريره: فإذا سقط القدر الذي يستحق لنفسه بنفسه بموته قبل حصول الغنيمة؛ فلأن يبطل....

موت ما يستحق به لنفسه أبلغ وأدخل، ولما سقط ما يستحقه بنفسه لنفسه؛ كان ما يستحقه بغيره لنفسه أبلغ في السقوط.

ونحرر منه اعتلالا فنقول: هو حيوان يسهم له وقد مات قبل القتال؛ فوجب أن لا يسهم له، أصله إذا مات الفارس قبل الحرب.

فإن قيل: إنما يبطل بموت الفارس؛ لأنه قد مات المستحق، وليس كذلك إذا مات الفرس وبقي الفارس؛ لأن الفارس باق.

قيل: هذا غلط، لا يجوز أن يكون بطلانه بموت الفارس، وإنما هو بموته قبل [القتال والغنيمة][(١)] (٦٨) بدلالة شيئين:

أحدهما: موت الفارس.

والثاني: هو أن الاستحقاق إنما يحصل إذا زالت يد المشركين عما في أيديهم، وبدخوله دار الحرب قبضة المشركين على ما في أيديهم قائمة، فلا هي وجدت، ولا سببها الذي هو القتال موجود، فإذا كان موت [الفرس][(٢)] قبل وقت الاستحقاق وكذلك موت الفارس؛ فإنه في هذه الحالة لا يستحق سهما؛ فهو كالمساكين الذين يستحقون الصدقات بحلول [الحول][(٣)]، ثم لو مات بعضهم قبل الحول؛ لم تكن له في صدقة ذلك الحول شيء؛ لأنه مات قبل وقت الاستحقاق.

فإن قيل: إنما أسهم للفرس لما يقع من الإرهاب للعدو، وقال الله تعالى:

---

(١) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

(٢) في الأصل: الفرسين.

(٣) في الأصل: الحلول.

﴿وَأَعِدُّواْ لَهُم مَّا ٱسۡتَطَعۡتُم مِّن قُوَّةٖ وَمِن رِّبَاطِ ٱلۡخَيۡلِ تُرۡهِبُونَ بِهِۦ عَدُوَّ ٱللَّهِ وَعَدُوَّكُمۡ﴾[1].

فإذا كان سبب الإسهام له هو لأجل الإرهاب؛ فبدخوله دار الحرب يوجد الإرهاب، فوجب أن يستحق السهم، ولا يسقط بموته[2].

قالوا: ولأن أول الغلبة تقع بالدخول إلى دار الحرب، ألا ترى إلى ما روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «ما غزي قوم في دارهم وروي في عقر دارهم إلا ذُلُّوا»[3].

فإذا كان يقع به بعض الغلبة والقهر؛ وجب أن يكون ذلك الوقت هو وقت الاستحقاق.

والجواب عن الفصل الأول من وجهين:

أحدهما: أننا نقول: ليس الإرهاب علة الاستحقاق ولا هو وقته، وإنما سبب الاستحقاق معنى آخر.

والوجه الآخر: هو أنه لو كان السبب هو الإرهاب؛ فإن الإرهاب لا يحصل بدخول دار الحرب، وإنما هو بالقتال والمبارزة وهو فارس.

على أنه منكسر بموت الفارس؛ لأن بدخوله دار الحرب [يحصل به][4] الإرهاب كما يحصل بفرسه، فلما كان يسقط بموته سهمه؛ سقط

(١) سورة الأنفال، الآية (٦٠).

(٢) انظر التجريد (٤١٤٩/٧).

(٣) ذكره الماوردي في الحاوي الكبير (٤٢١/٧) وابن الأثير في النهاية (٦٣٠).

(٤) ساقط من الأصل، والمثبت من السياق.

سهم فرسه بموت الفرس.

والجواب عن الفصل الثاني؛ فإننا نقول: إنه لا يوجد شيء من القهر
(٦٩) والغلبة بدخول دار الحرب، وهو معلوم حسا.

ثم نقول: لو وجد بعض الغلبة؛ لم يقع الاستحقاق، وإنما يحصل الاستحقاق بجميع الغلبة.

وقول علي رضي الله عنه: «ما غزي قوم في دارهم إلا ذلوا»؛ فالاستحقاق لا يحصل بالإذلال، إذ لو حصل بالإذلال؛ لكان الفارس قد استحق السهم بدخوله دار الحرب وإن مات، لأن الإذلال قد حصل.

على أن قوله «غزي» عبارة عن القتال، لا عن دخوله دار الحرب حسب.

فإن قيل: إنه قد حصل فارسا وقت وجود سبب الاستحقاق؛ فوجب أن يستحق السهم، أصله وقت تقضي الحرب.

قالوا: ولأنه لا يخلوا إما أن يستحق سهم الفارس لدخوله دار الحرب فارسا، أو لكونه فارسا وقت القتال، أو لقتاله على الفرس.

فيبطل أن يكون بقتاله على الفرس؛ لأنه لو حضر فارسا ولم يقاتل عليه؛ لاستحق سهم الفارس بإجماع.

وبطل أن يكون استحقاقه لحضوره القتال فارسا لشيئين:

أحدهما: أن الإمام لو قصد قتال المشركين فلم يثبتوا له وانهزموا؛ فإنه يستحق السهم، ولم يوجد هناك قتال.

والثاني: أن الفارس لو حضر وترك فرسه في موضع غير القتال ؛ لأسهم له، وهو لم يحضر القتال فارسا، فبطل أن يكون استحقاقه لحضوره القتال فارسا، وعلم أنه استحق لدخوله دار الحرب فارسا، وهذا سؤال لهم جيد.

فالجواب عن الفصل الأول: هو أن دخوله دار الحرب فارسا ليس بسبب الاستحقاق بدلالة ما ذكرناه من الشيئين، وساقط بموت الفارس، وإنما موته قبل وجود سبب الاستحقاق، فلم يسلم ما ذكروه.

على أن المعنى في دخول القتال هو أنه زمان لو مات فيه الفارس ؛ لم يبطل سهمه، فكذلك لم يبطل سهم فرسه.

وأما الفصل الثاني من التقسيمات التي قستموها ؛ فإننا نقول: [لو كان][1] لا يستحق السهم إلا لكونه قد حضر في القتال حسب ؛ لكان الفرس [ ][2] في الإصطبل لأنه (٧٠) إذا احتاج إليه [ ][3] لا يستحقها الجيش لأنهم لم يوجفوا عليها بخيل ولا ركاب، فهي كالجزية.

فإن قيل: فإن الفارس متبوع، والفرس تبع، وموت التبع لا يسقط سهمه مع بقاء المتبوع.

قيل: هذا هو الدلالة عليكم، وذلك أنه لما بطل بموت المتبوع ما يستحقه بالتابع ؛ فلأن يبطل ما استحق بالتابع بموت التابع أولى.

وأيضا فلو وهب فرسه أو باعه بعد دخول دار الحرب وقبل القتال ؛ لم

---

(١) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٢) كلمة مطموسة.

(٣) طمس بمقدار سطرين.

يسهم له[1]، كذلك إذا أبق قبل القتال والغنيمة، ولو اعتبر دخوله دار الحرب؛ لاستحق السهم مع بيعه وهبته قبل القتال؛ لأن الاستحقاق أو سببه قد حصل وهو في ملك صاحبه، فلما لم يقل هذا أحد؛ بطلت مراعاة الدخول أن لا يسهم له، فلما أسهم له؛ علمنا أن المراعاة هو حضور القتال.

مَسْأَلَة (١٤):

اختلف الناس في فتح مكة؛ فذهب مالك وأبو حنيفة وجماعة الفقهاء من المتقدمين والمتأخرين وأهل الأخبار والسير إلا أنها فتحت عنوة[2].

وقال الشافعي وحده: فتحت صلحا[3].

وفائدة الخلاف في هذه المسألة معلق بمواضع:

منها: ما نقوله نحن وأبو حنيفة أن الغانمين لا يملكون الغنائم ملكا مستقرا بنفس الغنيمة[4].

وعندنا نحن أنه يجوز للإمام أن يمن ويعفو عن جملة الغنائم، كما منّ على الأسارى وهم من جملة الغنائم.

(١) وعن أبي حنيفة روايتان: أحدهما: لا يسهم له، والآخر: يسهم له. انظر التجريد (٤١٤٧/٧).

(٢) أي قهرا وغلبة. انظر القاموس المحيط (٤١٧/٤).

(٣) انظر الأوسط (٣٧٧/٦ ـ ٣٧٧) الحاوي الكبير (٢٢٣/١٤ ـ ٢٣٤) التجريد (٦١٩٧/١٢ ـ ٦٢١٢) المبسوط (٣٧/١٠) البداية والنهاية (٣٣٧/٤ ـ ٣٥٧) فتح الباري (٥٧٢/٩ ـ ٥٧٣) زاد المعاد (١٠٧/٣ ـ ١١٠).

(٤) تقدمت هذه المسألة، انظر تهذيب المسالك (٢٤٠/٣ ـ ٢٤٤).

ولا نختلف نحن والشافعي أن للإمام أن يمن ويفادي، وله أن يوقفها لمصلحة يراها؛ لأن النبي ﷺ فتح مكة عنوة فمن عليهم، وعفا عن أموالهم كلها[(١)].

ومن الناس من قال: هذا خصوص للنبي عليه السلام دون (٧١) غيره من الأئمة.

وفائدة أخرى: وهي أن أبا حنيفة عنده أن الأراضي التي فتحت عنوة للإمام أن يخمسها، ويجوز أن يمن بها ويضرب عليها خراجا.

ومن الناس من يقول: إن مكة فتحت عنوة، وان أرضها غير مملوكة؛ لقوله تعالى: ﴿سَوَآءً ٱلْعَـٰكِفُ فِيهِ وَٱلْبَادِ﴾[(٢)].

وهذا عندي يشبه أن يكون قول مالك رحمه الله؛ لأنه يكره أن تكرى بيوت مكة، وذكر أن أبواب الدكاكين كانت تقلع في أيام الموسم.

والدليل لقول الجماعة في أنها فتحت عنوة: الكتاب، والسنة، والأخبار الصحيحة في السير.

فأما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحًا مُّبِينًا﴾[(٣)].

وإطلاق اسم الفتح يتناول العنوة، يدل على ذلك أن القائل إذا قال: [فتح][(٤)] الخليفة بلد كذا وكذا [أفاد أنه][(٥)] فتح قهر وعنوة دون الصلح.

---

(١) انظر بداية المجتهد (٤٧٣/٣ ـ ٤٧٥).

(٢) سورة الحج، الآية (٢٥).

(٣) سورة الفتح، الآية (١).

(٤) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٥) في الأصل: فإذا به.

وأيضا فإن هذا الكلام خرج مخرج الامتنان، وغاية الامتنان إنما يكون بالفتح على وجه العنوة؛ لأن ما كان صلحا فإنه يكون بعقد وعهد وتراض من متعاقدين، وما كان على هذا الوجه؛ لا يقع فيه غاية الامتنان، يدلك على ذلك أن سائر العقود التي تحصل بين المتعاقدين ويعتبر فيها التراضي منهم لا يتعلق بها امتنان لتساويهما فيها.

على أنه تعالى أيد ذلك بقوله: ﴿وَيَنصُرَكَ ٱللَّهُ نَصۡرًا عَزِيزًا﴾[1].

والنصر العزيز لا يكون باتفاق من الطائفتين وتراضيهم؛ لأنه يحصل كل طائفة منهم منصورة على هذا التقدير، فبان بهذا أن النصر العزيز ما كان بالعنوة والقهر دون الصلح.

وقال تعالى في سياق الآيات حيث بلغ إلى ذكر الكفار: ﴿ٱلظَّآنِّينَ بِٱللَّهِ ظَنَّ ٱلسَّوۡءِۚ عَلَيۡهِمۡ دَآئِرَةُ ٱلسَّوۡءِ﴾[2].

فعلم أن النصر العزيز الذي يحصل به عليهم دائرة السوء؛ هو ما ذكرناه من القهر والغلبة بغير تراض منهم وأنهم مخيرون في الرضا والترك، وهذا
(٧٢) [ ][3] بخلاف القهر والغلبة الذي في غاية العزة والنصر، وإذا دخلها صلحا؛ حصل التساوي من الجهتين جميعا، وقد أخبر الله تعالى بالافتراق بين الحالتين.

فإن قيل: فإن المراد بالآية فتحا ظاهرا يتمكن به من قتالهم وحقوقهم

(١) سورة الفتح، الآية (٢).
(٢) سورة الفتح، الآية (٦).
(٣) طمس بمقدار نصف سطر.

منه، فإذا أطاعوا على هذا الوجه؛ فهو فتح بّين.

قيل: إن التمكن لا يحصل من الصلح؛ لأنهم لا يكونون بالخوف مِنّا وإجابتهم إلى الصلح بأولى منا في خوفنا منهم وإجابتنا إلى صلحهم، وليس هذا صورة الفتح العزيز، ومعلوم أن قهرنا وغلبتنا إياهم حتى نملك جميع ما في أيديهم مع رقابهم ـ مع إقامتهم على الكفر ـ؛ أعز وأبلغ في النصر، هذا معلوم ضرورة، ألا ترى أنهم متى امتنعوا من الصلح؛ لم يتم الفتح.

ثم يؤكد ما ذكرناه؛ أن الله تعالى أضاف الفتح إلى نفسه بقوله: ﴿إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحًا مُّبِينًا﴾[(١)].

وهذا فيه نهاية الامتنان، وما تولاه هو تعالى فلا يكون إلا على غاية القهر لأعدائه.

فإن قيل: فإن لنا على قوله تعالى: ﴿إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحًا مُّبِينًا﴾ اعتراضين:

أحدهما: أننا نقول: هذه الآية لم تنزل في فتح مكة، وإنما نزلت عام الحديبية في فتح الحديبية سنة ست [حين][(٢)] صالح سهيل بن عمرو [على أن يعودوا][(٣)] في القابل، فلما رجع من الحديبية؛ نزل قوله تعالى: ﴿إِنَّا فَتَحْنَا لَكَ فَتْحًا مُّبِينًا﴾، فقال عمر بن الخطاب: «أفتح يا رسول الله؟ قال: نعم»[(٤)].

---

(١) سورة الفتح، الآية (١).

(٢) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٣) غير واضحة بالأصل، والمثبت أقرب إلى رسمها وإلى السياق.

(٤) أخرجه أبو داود (٢٧٣٦) وغيره، وهو حديث مجمع بن جارية المتقدم. ولكن ليس فيه أن السائل هو عمر، وإنما هو رجل مجهول. انظر تفسير ابن جرير (٩/٧٤٦٧ ـ ٧٤٧١).

فإذا كان في سنة ست وفتحُ مكة في سنة ثمان؛ علم أنه لم يرد بالآية فتح مكة، وإنما أراد فتح الحديبية، وكان ذلك فتحا، ألا ترى إلى قول عمر: «أفتح يا رسول الله؟ قال: نعم».

وروي عن جابر أنه قال: «ما كنا نعد الفتح إلا فتح الحديبية»(١).

والاعتراض الآخر: هو أننا لو سلمنا أن الآية نزلت في فتح مكة؛ فإن الفتح لا يقتضي فتحا بالسيف عنوة؛ لأن الفتح ليس أكثر من أن تجري على المشركين أحكام الإمام وتظهر، وهذا المعنى يوجد (٧٣) إذا فتح صلحا، كما يوجد إذا فتح بالسيف.

والجواب: هو أن الذي نزل في الحديبية قوله تعالى: ﴿وَهُوَ ٱلَّذِى كَفَّ أَيْدِيَهُمْ عَنكُمْ وَأَيْدِيَكُمْ عَنْهُم بِبَطْنِ مَكَّةَ مِنۢ بَعْدِ أَنْ أَظْفَرَكُمْ عَلَيْهِمْ﴾(٢)، مع ما ذكر فيها من صد المشركين الهدي ومن بمكة من المؤمنين، وتصديق رؤيا رسول الله ﷺ بقوله: ﴿لَتَدْخُلُنَّ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ إِن شَآءَ ٱللَّهُ ءَامِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ وَمُقَصِّرِينَ لَا تَخَافُونَ ۖ فَعَلِمَ مَا لَمْ تَعْلَمُوا۟ فَجَعَلَ مِن دُونِ ذَٰلِكَ فَتْحًا قَرِيبًا﴾(٣).

ويقال: الفتح القريب الذي أعطاه الله تعالى رسوله من الظفر على عدوه في القضية التي قاضاها عليها يوم الحديبية على أن يرجع من العام المقبل(٤).

---

(١) أخرجه ابن جرير في تفسيره (٩/٧٤٧٠) وروى نحوه عن أنس بن مالك.

(٢) سورة الفتح، الآية (٢٤).

(٣) سورة الفتح، الآية (٢٧).

(٤) وبه قال مجاهد والزهري وابن إسحاق. انظر تفسير ابن جرير (٩/٧٥١٠ ـ ٧٥١١) وأخرج البخاري (٤١٥٠) عن البراء بن عازب قال: «تعدون أنتم الفتح فتح مكة، وقد كان فتح مكة فتحا، ونحن نعد الفتح بيعة الرضوان يوم الحديبية..».

وقال أناس: الفتح القريب خيبر وما ذكر فيها[1]، وقد سماه الله تعالى في أنه أخرج فتح خيبر فتحا قريبا فقال تعالى: ﴿فَأَنزَلَ ٱلسَّكِينَةَ عَلَيۡهِمۡ وَأَثَٰبَهُمۡ فَتۡحٗا قَرِيبٗا﴾[2].

وأما قوله تعالى: ﴿إِنَّا فَتَحۡنَا لَكَ فَتۡحٗا مُّبِينٗا﴾؛ فإنما نزل بعد ذلك في عشر آيات بشارة للنبي ﷺ بأنه سينصر نصرا عزيزا، وأن الله تعالى يغفر له ما تقدم من ذنبه وما تأخر، ويتم نعمته عليه، فكان كل ذلك بشارة بما يقع عليه من مكة، وبالظفر بمن نافق، وطاعة من أطاع.

وما حكوه من قول عمر: «أفتح يا رسول الله»[3]؛ إنما هو لَمّا بُشِّر بما يكون؛ استفهمه فقال: أنزل عليك الفتح؟ فقال: نعم «[4].

أما الحديبية؛ فإنما قال بعض الناس: ما هذا بفتح؛ لقوله تعالى: ﴿فَتۡحٗا مُّبِينٗا﴾، فقال الرجل: لقد صددنا عن البيت، وصد هدينا، ورد رسول الله ﷺ رجلين من المؤمنين كانا خرجا، فبلغ ذلك الرسول ﷺ، فقال: بئس الكلام هذا، بل هو أعظم الفتوح، يعني التي مضت، قد رضي المشركون أن يدفعوكم عن بلادهم [فالراح][5] ويسألوكم القضية»، وغير هذا من الكلام.

وإذا كان هذا هكذا؛ علم أن قوله: ﴿إِنَّا فَتَحۡنَا لَكَ فَتۡحٗا مُّبِينٗا﴾ (٧٤) [لم

---

(١) وهو مروي عن عبد الرحمن بن زيد بن أسلم. ورجح ابن جرير أن الآية عامة فيهما. انظر تفسير ابن جرير (٧٥١١/٩).

(٢) سورة الفتح، الآية (١٧).

(٣) تقدم تخريجه (١٣٤/٥).

(٤) تقدم تخريجه (١٣٤/٥).

(٥) هكذا بالأصل.

يكن][1] في الحديبية، وأن الفتح المبين الذي فيه النصر العزيز ويقع به نهاية الامتنان؛ هو الذي يكون بالقهر والغلبة بغير اختيار من المشركين أعداء الله ورسوله.

وأما الفصل الثاني وأن الفتح يكون بغير السيف، وأن أحكام الإمام تجري عليهم؛ فإننا نقول: هذا فتح للمسلمين والكفار، لأنهم إذا صولحوا على شيء ورضوا به؛ فقد اختاروه ورضوا به، كما اختار المسلمون ذلك ورضوا به، فليس إحدى الطائفتين بأولى من الأخرى، وهذا إن كان فيه أنهم ينزلون على بعض ما يختارونه، وعلى شيء يكرهونه؛ فهذا بغير اختيار، وهذا لا يكون إلا بالسيف، ومع هذا فإنه إذا قيل «فتح مكة» و«فتحت مكة»؛ لم يعقل منه أن الكفار فتحوها طوعا، وإنما المسلمون فتحوها قهرا وكرها.

ولنا أيضا قوله تعالى: ﴿لَتَدْخُلُنَّ ٱلْمَسْجِدَ ٱلْحَرَامَ إِن شَآءَ ٱللَّهُ ءَامِنِينَ مُحَلِّقِينَ رُءُوسَكُمْ وَمُقَصِّرِينَ لَا تَخَافُونَ﴾[2].

فخرج هذا على الوعد والأمن وزوال الخوف، وغايةُ الأمن وزوال الخوف لا يكون في الصلح، وإنما يكون في العنوة والقهر، ألا ترى أنه متى صالحهم؛ فجماعتهم موجودة، وشوكتهم باقية قوية، فلا يؤمن منهم الغدر، فالواجب حمل الآية على غاية الأمن؛ لأنها خرجت على وجه الامتنان وتسكين النفس إلى دخولها، وهذا على الوجه الذي ذكرناه.

---

(١) طمس بالأصل.

(٢) سورة الفتح، الآية (٢٧).

وأيضا قوله تعالى: ﴿إِذَا جَآءَ نَصۡرُ ٱللَّهِ وَٱلۡفَتۡحُ﴾(١).

[فقرن بالقهر والغلبة إظهار](٢) كلمتهم، وإذا كان بصلح؛ فالاشتراك قائم لأنه بتراض من الطائفتين، ولا يجوز أن يظن بالله تعالى أنه نصر أعداءه، فينبغي أن يختص بالنصر من يقهر ويغلب، ولا يترك تحت بعض أحكام المشركين، وهذا لا يكون إلا بالعنوة، ألا ترى أنه تعالى لم يسم الصلح عام الحديبية نصرا وإن جاز [أن](٣) يسمى فتحا على وجه؛ لأنه لو كان نصرا؛ (٧٥) لم يكن النبي ﷺ مصدودا، والمؤمنون معه كذلك، ولم يقل في الحديبية: عام الفتح، كما قيل في مكة: عام الفتح.

وأيضا ما روي أن النبي ﷺ صالح أهل مكة عام الحديبية على أن يضع الحرب بينه وبينهم عشر سنين(٤)، ثم إن أهل مكة نقضوا العهد الذي كان بينهم وبينه ﷺ بقتالهم خزاعة حلفاء الرسول ﷺ، ثم سألوا أبا سفيان أن

---

(١) سورة النصر، الآية (١).

(٢) في الأصل: فقرن القهر والغلبة بإظهار.

(٣) في الأصل: أن لا.

(٤) هذا القدر أخرجه أبو داود (٢٧٦٦) وأحمد (٤/٣٢٣ ـ ٣٢٤) وإسناده صحيح كما قال ابن الملقن في البدر (٩/٢٢١)

وقال ابن حجر: «هذا القدر ذكره ابن إسحاق، وهو المعتمد، وبه جزم ابن سعد، وأخرجه الحاكم من حديث علي نفسه، ووقع في مغازي ابن عائذ في حديث ابن عباس وغيره أنه كان سنتين، وكذا وقع عند موسى بن عقبة، ويجمع بينهما بأن الذي قاله ابن إسحاق هي المدة التي وقع الصلح عليها، والذي ذكره ابن عائذ وغيره هي المدة التي انتهى أمر الصلح فيها حتى وقع نقضه على يد قريش». الفتح (٧/٢٣٢ ـ ٢٣٣) وحديث الصلح عند البخاري (٢٧٣١) لكن من غير ذكر للمدة.

يجدد لهم العهد، فامتنع النبي عليه السلام عن ذلك[1]، فأنزل الله تعالى: ﴿أَلَا تُقَـٰتِلُونَ قَوْمًا نَّكَثُوٓا۟ أَيْمَـٰنَهُمْ وَهَمُّوا۟ بِإِخْرَاجِ ٱلرَّسُولِ وَهُم بَدَءُوكُمْ أَوَّلَ مَرَّةٍ﴾[2] بعد أن قال تعالى: ﴿وَإِن نَّكَثُوٓا۟ أَيْمَـٰنَهُم مِّنۢ بَعْدِ عَهْدِهِمْ وَطَعَنُوا۟ فِى دِينِكُمْ فَقَـٰتِلُوٓا۟ أَئِمَّةَ ٱلْكُفْرِ﴾[3].

فأوجب قتالهم حيث نكثوا أيمانهم، وغير جائز أن يترك عليه السلام ما أمر به من قتالهم بعد قول الله تعالى في الآية: ﴿قَـٰتِلُوهُمْ يُعَذِّبْهُمُ ٱللَّهُ بِأَيْدِيكُمْ وَيُخْزِهِمْ وَيَنصُرْكُمْ عَلَيْهِمْ وَيَشْفِ صُدُورَ قَوْمٍ مُّؤْمِنِينَ ﴿١٤﴾ وَيُذْهِبْ غَيْظَ قُلُوبِهِمْ ۗ وَيَتُوبُ ٱللَّهُ عَلَىٰ مَن يَشَآءُ﴾[4].

فأمر بقتالهم، وخبّر بما يكون من النصر والتشفي خبَرا لا يجوز أن ينقلب، فلا يقع بخلاف مخبره، فكيف يجوز أن يعدل عليه السلام عن ذلك ويصالحهم من غير حاجة تدعوه إلى ذلك، مع إخبار الله تعالى أنه يعذبهم بأيدي المؤمنين، ويخزهم وينصركم عليهم، ويشف صدور قوم مؤمنين، ويذهب غيظ قلوبهم، وهذا كله لا يكون إلا بالقهر والغلبة.

فإن قيل: فهذا يوجب على النبي ﷺ أن يقاتل ولا يترك عن القتال، ولا يَمُن، وأنتم تقولون: إنه منّ عليهم وترك القتال، فكيف تحتجون بهذا.

قيل: إن القتال ليس مقصورا على مباشرة الأفعال حسب، بل يكون

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٢٣٦ ـ ٢٣٧) وهو مرسل عن عكرمة مولى ابن عباس. وأخرجه عبد الرزاق (٩٧٣٩) عن مقسم مولى ابن عباس. وانظر الفتح (٧/٥٧٤).

(٢) سورة التوبة، الآية (١٣).

(٣) سورة التوبة، الآية (١٢).

(٤) سورة التوبة، الآية (١٤).

بالقصد والعزم، والقول والمباشرة، والصلح ضد هذا كله.

على أن القتال قد وقع من خالد وغيره، فلو كان ﷺ قد صالحهم؛ لم يحصل (٧٦) تعذيب لهم وخزي، ونصر، وشفاء لما في صدور المؤمنين؛ لأن الطائفتين قد تشاركا في التراضي يما دخلوا عليه، ونحن نعلم أن النصر والخزي والتشفي إذا أطلق؛ لم يقع إلا بالمبالغة فيهم مع كونهم أعداء الله ورسوله، فأما الصلح؛ فلا يصلح فيه شيء من ذلك، ولا غضاضة [فيه](١) على أحد الفريقين.

ويبين هذا أن ترك الصلح يؤول إلى القتال، وبقاء الصلح يؤدي إلى تركه لأجل بقائهم على عقد الصلح، وهذا ينفي جميع ما ذكر في الآية من الشروط التي خبر الله تعالى بكونها، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿فَلَا تَهِنُوا۟ وَتَدْعُوٓا۟ إِلَى ٱلسَّلْمِ وَأَنتُمُ ٱلْأَعْلَوْنَ﴾(٢)، وقد كان ﷺ بهذه الصفة وقت فتح مكة، وقد قال تعالى: ﴿وَٱللَّهُ مَعَكُمْ﴾، فنهاهم عن الصلح فيها مطلقا.

فإن قيل: إنما منع الله تعالى من الدعاء إلى الصلح إذا كانت اليد عالية، ولم يمنع من الصلح، ونحن كذا نقول: إنه متى كانت اليد عالية؛ لا يجوز أن يدعوهم إلى الصلح، ولكن إذا دعوه هم إلى الصلح؛ جاز أن يصالح لقوله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُوا۟ لِلسَّلْمِ فَٱجْنَحْ لَهَا﴾(٣).

قيل: إن الآيتين إذا استعملتا من غير أن يُعترَض بإحداهما على

---

(١) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٢) سورة محمد، الآية (٣٥).

(٣) سورة الأنفال، الآية (٦١).

الأخرى ؛ كان أولى ، ونحن نحمل قوله تعالى: ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلۡمِ فَٱجۡنَحۡ لَهَا﴾(١) على الحالة التي لا تحصل فيها القوة والغلبة ، والآية الأخرى تمنع من الصلح إذا كانت القوة والغلبة ، وقد كان ﷺ وقت فتح مكة بهذه الصفة ، على أنهم إن دعوه إلى الصلح ورضي به ؛ فهو أيضا داع إليه ، لا يقع إلا بتراض من الطائفتين جميعا.

وهذا الاستعمال الذي ذكرناه يؤدي إلى استعمال الشرطين جميعا.

على أنه قد قيل: إن قوله تعالى ﴿وَإِن جَنَحُواْ لِلسَّلۡمِ فَٱجۡنَحۡ لَهَا﴾(٢) كان في الحديبية(٣) ، ثم نزل قوله تعالى بعد أن وعده بالفتح والنصر: ﴿فَلَا تَهِنُواْ وَتَدۡعُوٓاْ إِلَى ٱلسَّلۡمِ﴾(٤) لأن الله قد وعدكم أنه يعذبهم بأيديكم ، ويخزيهم ، (٧٧)
وينصركم عليهم ، ويشف صدور قوم مؤمنين ، ويذهب غيظ قلوبهم ، فذكرنا ما يدل عليه القرآن.

فأما السنة ؛ فإنه روي أن النبي ﷺ قال فيما رواه أبو الزبير عن جابر

---

(١) سورة الأنفال ، الآية (٦١).

(٢) سورة الأنفال ، الآية (٦١).

(٣) «فيمن أريد بهذه الآية قولان: أحدهما: المشركون ، وأنها نسخت بآية السيف ، والثاني: أهل الكتاب. فإن قيل: إنها نزلت في ترك حربهم إذا بذلوا الجزية وقاموا بشرط الذمة ؛ فهي محكمة. وإن قيل: نزلت في موادعتهم على غير جزية ؛ توجه النسخ لها بآية الجزية». أفاده ابن الجوزي في زاد المسير (٣/٣٧٦) ونقل ابن جرير القول بنسخها عن قتادة وغيره ، ورده بأنه لا دليل عليه ، وأنها غير منسوخة من كل وجه ، وبين أنها منسوخة في المشركين فقط ، وأما أهل الكتاب ؛ فليست بمنسوخة على نحو ما ذكر ابن الجوزي ، ونقل عن مجاهد أنها نزلت في بني قريظة. انظر تفسير ابن جرير (٥/٣٧٧٥ ـ ٣٧٧٦).

(٤) سورة محمد ، الآية (٣٥).

عنه أنه قال يوم فتح مكة: «أفطروا فإنه يوم قتال»(١).

وما خبر ﷺ أنه يوم قتال؛ لا يكون يوم صلح.

وأيضا ما روي عنه ﷺ أنه قال: «كل مدينة فتحت بالسيف، إلا المدينة فإنها فتحت بقول لا إله إلا الله»(٢).

ففرق بين الفتح والصلح، ونفى أن تكون مدينة فتحت إلا بالسيف إلا المدينة.

فإن قيل: فإننا نقول بموجب هذا الخبر، وذلك أن البلاد كلها فتحت لخوف السيف، فبعضها عنوة بالسيف، وبعضها بالصلح، ولكن من الفزع وخوف السيف، ومكة مما فتحت صلحا خوف السيف، وفتح المدينة على خلاف هذا؛ لأنها فتحت على طوع أهلها، لأنهم قدموا على النبي ﷺ من غير فزع من جهته، وإنما هم عرضوا أنفسهم على النبي ﷺ.

---

(١) أخرجه مسلم من حديث أبي سعيد الخدري قال: «سافرنا مع رسول الله ﷺ إلى مكة ونحن صيام، قال: فنزلنا منزلا فقال رسول الله ﷺ: إنكم قد دنوتم من عدوكم والفطر أقوى لكم، فكانت رخصة، فمنا من صام ومنا من أفطر، ثم نزلنا منزلا آخر فقال: إنكم مصبحو عدوكم والفطر أقوى لكم، فأفطِروا، فكانت عزمة، فأفطرنا».
وأخرج مسلم أيضا (٩٠/١١١٤) من طريق جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جابر أن رسول الله ﷺ خرج عام الفتح إلى مكة في رمضان فصام حتى بلغ كراع الغميم، فصام الناس، ثم دعا بقدح من ماء فرفعه حتى نظر الناس إليه، ثم شرب فقيل له بعد ذلك: إن بعض الناس قد صام فقال: أولئك العصاة، أولئك العصاة».
وأخرجه البخاري (٤٢٧٦) ومسلم (٧٩/١١١٣) من حديث ابن عباس.

(٢) أخرجه ابن عدي في الكامل (١٧١/٦) وقال الإمام أحمد: هذا حديث منكر.
قلت: وعلته محمد بن الحسن بن زبالة كان كذابا كما قال الإمام أحمد وغيره. انظر تنقيح التحقيق (٤/٦١٠ ـ ٦١١).

قيل: قول النبي ﷺ: «فتحت بالسيف»؛ لا يعقل منه خوف السيف، وعلى أن خوف السيف لا يوجب صلحا؛ لأن النبي ﷺ إذا علم خوفهم من السيف؛ لم يجز أن يصالحهم؛ لأنه لا يكون الخوف إلا ممن هو أعلى وأظهر، وقد نهى أن يصالح مع كونه أعلى وأظهر لقوله تعالى: ﴿فَلَا تَهِنُوا وَتَدْعُوا إِلَى السَّلْمِ وَأَنتُمُ الْأَعْلَوْنَ﴾، وإنما إذا وقعت المكافأة؛ جاز الصلح، وليس لقائل أن يقول: إنهم صالحوه خوف السيف؛ إلا ولقائل أن يقول: إنه صالحهم خوفا منهم، إذ لو لم يخفهم؛ لقهرهم وغلبهم، ومن هو قادر على الغلبة والقهر حتى يملكهم ويدخلهم تحت جميع أحكامه؛ لم يجز أن يدخل تحت بعض ما يختارونه وبعض ما يجري عليهم فيه حكمه وهو قادر على أعز الأمرين وأعلاه، فكيف وقد خبره الله تعالى أنه (٧٨) ينصرهم ويخزي الكافرين، ويعذبهم ويشفي صدور المؤمنين، وإذا كان هذا على ما ذكرناه؛ سقط ما ذكروه.

وأيضا فما روي عن بعض الصحابة قال: «إن النبي ﷺ أذن لنا يوم الفتح في قتال بني بكر حتى أصبنا منهم ثأرنا بمكة، ثم أمرنا ﷺ برفع السيف»(١).

وهذا نص في أنها فتحت عنوة.

وأيضا فما رواه عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده: أن رسول الله ﷺ لما فتح مكة قال: «كفوا السلاح»(٢).

وأيضا فما رواه عمرو بن عثمان بن عبد الرحمن بن سعيد بن يربوع

(١) أخرجه أحمد (٣١/٤ ـ ٣٢) عن أبي شريح الخزاعي. وإسناده صحيح.
(٢) أخرجه أحمد (١٧٩/٢) وابن أبي شيبة (٣٧٩٠١) وابن المنذر في الأوسط (٣٧٧/٦) وقال الهيثمي في المجمع (١٧٧/٦ ـ ١٧٧): «رجاله ثقات».

المخزومي قال: حدثني جدي عن أبيه أن رسول الله ﷺ قال يوم فتح مكة: «أربعة لا أؤمنهم في حل ولا حرم، منهم القينتان»[1].

فقوله ﷺ: «لا أؤمنهم»؛ يدل على أنه أمن الباقين، وهذا يدل على ما نقوله من أنه أمنهم، فلو كان فتحها صلحا؛ لكانوا آمنين بالصلح، ولم يحتج أن يؤمنهم.

وأيضا فما روي أنه ﷺ دخل مكة وعلى رأسه المغفر[2]، وقال: «إن مكة حرام حرمها الله تعالى، لم تحل لأحد قبلي، ولا تحل لأحد بعدي، وإنما أحلت لي ساعة من النهار»[3].

ولم تحل لي إلا لأجل القتال.

وأيضا فما روي أن علي بن أبي طالب رضي الله عنه دخل على أم هانئ، فرأى

(١) أخرجه من هذا الطريق أبو داود (٢٦٧٤) وإسناده ضعيف. وأخرجه ابن المنذر في الأوسط (٦/٣٧١) من طريق قتادة عن أنس. وأبو داود (٢٦٧٣) من حديث مصعب بن سعد عن سعد بن أبي وقاص.
تنبيه: وقع في السنن للبيهقي (٩/٣٥٧): «حدثني أبي عن جده»، وهذا إما اختلاف في الإسناد أو خطأ من النساخ. والله أعلم.
والقينتان مثنى قينة: وهي الأمة غنت أم لم تغن، والماشطة، وكثيرا ما تطلق على المغنية من الإماء، وجمعها قَينات. انظر النهاية (٧٧٣)
وعند البيهقي: «وقينتين كانتا لمقيس، فقتلت إحداهما وأفلتت الأخرى وأسلمت».
وفيه أيضا (٩/٢٠٣): «أنهما كانتا قينتين لابن خطل كانتا تغنيان بهجاء رسول الله ﷺ».

(٢) هو ما يلبسه الدارع على رأسه من الزرد ونحوه، والزرد حِلق المغفر والدرع. انظر النهاية (٦٧٤) والقاموس (٢/١١٥).

(٣) أخرجه البخاري (١٧٣٤) ومسلم (١٣٥٣/٤٤٥).

عندها مشركَين شاكَّين[1] في السلاح، فهم بقتلهما حتى قالت له: «إني أجرتهما»[2].

فلو كان ﷺ دخلها بعقد أمان؛ لم يكن علي ﷺ يهم بقتلهما؛ لأنهما قد أمنا بعقد الأمان والصلح، ولم يكونا محتاجين إلى أن تجيرهما أم هانئ.

فإن قيل: فإن قوله ﷺ: «أحلت لي مكة ساعة من نهار»[3]؛ فإن معناه: إنها أحلت لي ساعة من النهار في أن أدخلها لابسا للسلاح والثياب، والنبي ﷺ مخصوص بذلك؛ لأن أحدا قبله ﷺ وبعده لا يجوز له دخول مكة إلا محرما مجردا عن الثياب.

قيل: عنه (٧٩) جوابان:

أحدهما: أنه لو دخلها صلحا؛ لم يحتج إلى دخولها على رأسه المغفر، ولا أن يكون لابسا للسلاح، وكان يدخلها محرما مجردا، يدل على أنه أحلت له لأجل أن يدخلها عنوة بقهر وغلبة.

والجواب الآخر: هو أن حمله على ترك الإحرام يسقط فائدة التخصيص؛ لأنه ﷺ وغيره سواء؛ لأنه إذا كان فيها قتال؛ جاز له ولغيره أن يدخلها بغير إحرام.

---

(١) الشِّكة ـ بالكسر ـ: السلاح، ورجل شاك السلاح، وشاك في السلاح. النهاية (٤٧٩).

(٢) أخرجه الترمذي (١٥٧٩) وأحمد (٣٤١/٦) وصححه الحاكم (٦٣/٤) وقال الترمذي: حسن صحيح.
وأخرجه البخاري (٣٥٧) لكن فيه أن المجار رجل واحد، وسيأتي لفظه عند المصنف بعد قليل. واللفظ الذي أورده هنا أن المجار رجلان.

(٣) تقدم تخريجه (١٤٤/٥).

فإن قيل: وكذلك حمله على القتال يسقط فائدة التخصيص ؛ لأن من لا يمكنه دخول مكة إلا بقتال ؛ كان له أن يدخلها بقتال ، وحل القتال له ، سواء كان نبيا أو غير نبي.

قيل: إنما غرضنا من هذا أنه دخل على غير صفة الصلح ، وقد صح ذلك ، ثم إننا نحمل الأمر على الأمرين جميعا ، ما ذكرتموه وما ذكرناه ؛ لأنهما لا يتنافيان معا إلا بكون صفته صفة من دخلها صلحا.

فإن قيل: هذا لا يصلح حمله عليهما ؛ لأنه مضمر ، وادعاء العموم في المضمر لا يجوز.

قيل: هذا غلط ، ليس هاهنا شيء مضمر ، وإنما هو ذا يتأول ، **والتأويلان إذا لم يتنافيا ؛ صح أن يكونا مرادين ، وحمله عليهما أولى ؛ لأنه إن كان أحدهما هو الصحيح عند الله تعالى ؛ فقد أصبناه لا محالة إذا استعملناهما جميعا ، وإذا تركنا أحدهما ؛ جاز أن يكون هو المراد ، فحمله عليهما أولى.**

فإن قيل: فإن قصة علي عليه السلام وهمه بقتل المشركَين في بيت أم هانئ[1] إنما كان ذلك لأنهما لم يقبلا عقد الصلح ؛ لقول النبي عليه السلام: «من ألقى سلاحه ؛ فهو آمن» ، وكان عليهما السلاح.

قيل: إن عقد الصلح يقتضي الأمان على كل حال بعد أن لا يقاتلوا ، فسواء علق عليه الثياب وهو لابس للسلاح ، أو دخل المسجد وهو لابس السلاح ، وكذلك لو دخل دار أبي سفيان وعليه السلاح ولم يقاتل ؛ فهو آمن ، وهذان (٨٠) قد دخلا دار أم هانئ وقالت: أجرتها ، فقبل علي رضي الله عنه قولها:

(١) تقدم تخريجه (١٤٥/٥).

أجرتهما، ولو كانا لم يقبلا الصلح؛ لم تجرهما أم هانئ، وتركهما علي وعليهما السلاح كان في هذا أوضح دلالة على أنه ﷺ دخلها عنوة.

على أن في الخبر أن أم هانئ دخلت على رسول الله ﷺ وهو يغتسل، وفاطمة ﷺ تستره بثوب، فقال: «من أنت؟ فقالت: أنا أم هانئ بنت أبي طالب، فقال: أهلا وسهلا ومرحبا، ما جاء بك يا أم هانئ؟ فقالت: هذا ابن أمي علي يزعم أنه قاتل رجلا أجرته، فقال ﷺ: قد أجرنا من أجارت أم هانئ»[1].

ولم يذكر فيه أنه لم يقبل الصلح، ولا غير ذلك، وهذا ظاهر في ترك الصلح، فلا ينبغي أن يتطلب له تأويلات ضعاف ليبطل الظاهر وينصر المذهب، **بل ينبغي أن يبنى المذهب على الدلائل الظاهرة من غير عنت ولا تعسف لا يثبت.**

وأيضا فما رواه أبو هريرة أن رسول الله ﷺ لما نزل بمر الظهران[2]؛ رتب العسكر، فجعل الزبير في الميمنة، وخالدا في الميسرة، وأبا عبيدة بن الجراح في القلب، وصار في كتيبة عظيمة من الأنصار وغيرهم، وقال: إن قريشا قد جمعت أوباشا، وقال لخالد: احصدوهم حصدا حتى تلقوني على الصفا[3]، إلى أن دخل وقد اجتمعت الطوائف من المشركين، فقالوا له: أخ كريم، وابن أخ كريم، فقال ﷺ لهم: فأنتم الطلقاء»[4].

(١) تقدم تخريجه (١٤٥/٥).

(٢) واد بين مكة وعسفان، وهو على سبعة أميال من مكة. انظر النهاية (٥٧٤) والحاوي الكبير (٢٢٦/١٤).

(٣) أخرجه مسلم (٧٤/١٧٧٠) دون قوله: إلى أن دخل واجتمعت قريش...

(٤) انظر السيرة النبوية لابن هشام (٩٣٧) واشتهرت الكلمة الأخيرة عند أهل السير، إلا أنها لم=

فكيف يكون الصلح مع هذه الصورة من تعبئة الجيوش مستعدين، ويقول لخالد: احصدوهم حصدا، فيمضي خالد ويقتل من قتل، ويقول: أنتم الطلقاء قد أعتقتم.

على أنه ﷺ لما صالح عام الحديبية على ما هو دون الفتح العظيم؛ كتب القضية والصلح، وظهر العقد بينهم بالموافقات والتقرير، وإنما كان على أن (٨١) [يترك العمرة، ويعود إليها من العام القابل][(١)]، فكيف يصالح على هذا الأمر العظيم ويخفى نقله على أهل السير والأخبار، والفقهاء المتقدمين والمتأخرين، وينتشر ويشتهر الصلح عام الحديبية فيتفق عليه الخاص والعام، ويحصل الحكم به، ثم يذهب الصلح على مكة فلا يظهر لأحد إلا الشافعي فإنه يستدل على ذلك باستدلالات لا تثبت.

ومع ما نقله أهل السير والأخبار والفقهاء؛ فقد روي عن أبي بن كعب أنه قال: «دخل رسول الله ﷺ مكة عنوة، فقال رجل: لا قريش بعد هذا اليوم[(٢)]، فقال ﷺ: الأسود والأبيض آمن إلا ابن خطل والقينتين ومن ذكر معهم»[(٣)].

فأخبر بدخوله ﷺ عنوة، وقول الرجل: «لا قريش بعد هذا اليوم» أي أنهم يقتلون فلا يبقى منهم أحد.

ثم قول النبي ﷺ: آمن إلا من استثناه، وهذا كله يدل على صحة قولنا،

= تثبت، انظر الضعيفة للألباني (١١٦٣) والشذرات الذهبية للعلامة بوخبزة (١٨١ ـ ١٨٢).

(١) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

(٢) تقدم أن قائل ذلك هو أبو سفيان، لكن من حديث أبي هريرة.

(٣) انظر ما تقدم (٥/١٤٤).

ولا يعقل من قول أُبي: «عنوة»؛ الصلح.

فإن قيل: فإن الذي ذكرتموه من حديث أبي هريرة وترتيب الجيش؛ إنما كان خوفا من غدرهم ومكرهم، لأن قريشا كانوا يبغضون النبي ﷺ ما لم يبغضه أحد، فصالحهم ورتب العسكر فزعا وخوفا من مكرهم وغدرهم، حتى إن غدروا؛ يكون العسكر مرتبا مستعدا.

وأما قوله: «احصدوهم حصدا»؛ فإنما قال هذا قبل الصلح، وذلك أن الصلح كان يوم الدخول، وهذا القول كان قبله بيوم حين نزل بمر الظهران، فحكم الصلح المتأخر أبطل هذا وأزاله.

والدلالة على أن هذا القول كان منه ﷺ قبل الصلح بيوم؛ ما رواه أحمد بن سلمة، عن ثابت بن عبد الله بن رباح، عن أبي هريرة: أن رسول الله ﷺ دعا بالأنصار فهرولوا إليه، فقال: «ألا ترون إلى أوباش (٨٢) إذا لقيتموهم غدا فاحصدوهم حصدا حتى تلقوني على الصفا»[1].

فأخبر أنهم يفعلون هذا غدا، والصلح كان في الغد، ألا ترى إلى ما روي من حديث العباس أنه قال: «لو دخل النبي ﷺ إلى مكة على هذا؛ لهلكت قريش، فطلبت ذا حاجة لأخبره فيدخل مكة فيخبرهم، فرأيت أبا سفيان» تمام الحديث، إلى أن قال النبي ﷺ للعباس: خذه إلى المضيق، فحمله حتى جاز عسكر النبي ﷺ، ثم قال له: الحق بقومك، فدخل أبو سفيان مكة فنادى: إن محمدا قد أتاكم بجيش لا قبل لكم به، وإنه قد قال: من دخل داري؛ فهو آمن، قالوا: وما تغني دارك، قال: وقد قال: من دخل

(١) تقدم تخريجه (١٤٧/٥).

المسجد؛ فهو آمن، ومن أغلق بابه؛ فهو آمن، ومن ألقى السلاح؛ فهو آمن، فتفرق الناس إلى منازلهم[1]، ودخلوا المسجد بالصلح، والأمان كان حيث دخل النبي ﷺ مكة.

فالجواب: أما قولهم: «إنه ﷺ رتب العسكر خوف غدرهم لأنهم كانوا يبغضونه»؛ فهذا دليل لنا، وذلك أن الله تعالى قد أظهره عليهم، وأقدره على الظفر بهم، فلا ينبغي أن يصالح قوما يبغضونه، ولا يأمن غدرهم ومكرهم، وأيش الذي دعاه إلى صلحهم وهو قادر عليهم، وقد خبّره الله تعالى بما خبّره وبشره.

وأما قولهم: «إنه قال لخالد وغيره من الأنصار: احصدوهم حصدا»[2]؛ فلولا أنه كان عزمه أن يدخلها قهرا وأن الله تعالى قد أطلقه على ذلك؛ لم يكن ليقول لهم هذا وهو يظن أن صلحا سيقع بينه وبينهم من غير حاجة إليه، ونحن نعلم أنه لا يقول: «احصدوهم حصدا»؛ إلا وقد تيقن أنهم يقدرون على ذلك، وأن الله تعالى ينصرهم، فأما أن يكون في نفسه أن هذا ربما تم لهم وربما لم يتم لأن المشركين قد يظهرون عليهم؛ فكيف يأمرهم بأمر واجب أن يحصدوهم حصدا، وهذا لا يكون مع العلم بأنهم يتمكنون من هذا، وإذا كان هذا هكذا؛ لم يجز له أن يصالحهم مع (٨٣) قدرته على قهرهم وقتلهم وإذلالهم، لكونهم مبغضين له [ ][3].

[وأما ما ذكرتم من][4] أنه ﷺ قال لهم قبل الصلح؛ فإنه لم يقل لهم

(١) أخرجه البيهقي (٩/٢٠٠ ـ ٢٠١) وانظر البداية والنهاية (٤/٣٣٥ ـ ٣٣٧).
(٢) تقدم تخريجه (٥/١٤٧).
(٣) طمس بمقدار كلمتين.
(٤) زيادة ليست في الأصل.

احصدوهم وهم لا يتمكنون من هذا، فكان ينبغي أن يقول لهم: إن تمكنتم منهم؛ فافعلوا ذلك، فيكون قوله مقرونا بهذا الشرط، فلما أمر أمرا مجردا بأن يحصدوهم؛ ثبت أنهم قادرون على ذلك بنصر الله تعالى، ووعده إياهم بما وعدهم به.

وأما قول العباس ما قاله من «أنه ﷺ لو دخل مكة على هذا؛ لهلكت»، إنما خشي أن يدخل فيضع السيف ولا يعطيهم الأمان، فأرسل العباس - رضي الله عنه - بأبي سفيان إليهم ليعلموا أنهم يهلكون إن دخلها النبي ﷺ على ذلك، فقال لهم أبو سفيان ما قال، فتفرقوا ودخلوا المسجد، وألقوا السلاح، فلو كان هناك صلح؛ لكان أبو سفيان يقول لهم: قد عقدنا الصلح بيننا وبينه، وحصل الأمان بعقد الصلح لا بشرط غلق الأبواب ودخول المساجد، وإلقاء السلاح، وإذا كان هكذا؛ صح ما قلناه.

وعلى أن أبا سفيان إنما جاء يتعرف الأخبار لا للصلح، فلو صالح؛ لم يجز صلحه دون رضا القوم وموافقتهم على ذلك.

وقول النبي ﷺ: «من دخل داره فهو آمن»؛ كان بعد دخوله البلد، وبعد التمكن منهم، والنبي ﷺ نزل عليهم وهم لا يعلمون في الليل، ولم يكن عند أبي سفيان خبر ولا موافقة من قومه على صلح.

وأما قولهم: «إن معنى قوله ﷺ لما دخلها أنتم الطلقاء»، وأن معنى هذا أنكم عتقاء بشرط الصلح؛ فإننا نقول: قد كان يسوغ لهم أن يقولوا له: بل أنتم الطلقاء؛ لأن هذا الصلح بتراض منا ومنكم، لا بقهر وغلبة علينا، ولكنه قال لهم: أنتم الطلقاء أي قد أمنتكم [من القتل وتجاوزت عنكم،

وهذا][1] هو الظاهر الذي لا يعدل عنه.

على أنه روي عنه ﷺ لما (٨٤) دخل مكة صعد إلى باب الكعبة، وأخذ بعضاضتي الباب، ثم قال: ما تقولون معاشر قريش؟ فقالوا: نقول أخ كريم، وابن أخ كريم، وابن عم، ملكت فاصنع ما شئت، فقال: قد أجرتكم إلا ما كان من ابن أخطل[2].

فقولهم: «ملكتَ»؛ لا يدل على الصلح.

وقولهم: «اصنع ما شئت»؛ ينفي الصلح، إذ لو حصل الصلح؛ لم يكن له أن يصنع ما شاء، ولا يجاوز ما صالحهم عليه.

وقوله ﷺ: «قد أجرتكم»؛ يقتضي أنه ابتدأهم بالأمان، ولو كان صلحا؛ لم يستحقوا هذا الاسم.

وقد روي أيضا أنه ﷺ قال: «لا يُقتل قرشي بعد هذا اليوم صبرا»[3]، فدليله أن قريشا تقتل في هذا اليوم، وأنه تستباح دماؤهم في هذا اليوم، ثم أخبر أن بعد هذا اليوم تسلم قريش، ولا تحارب على الكفر، ولا تتدين به فتقتل صبرا، بل يظهر الإيمان، ويفشو الإسلام فيها، وأن هذا آخر يوم قتلت فيه على الكفر[4]، فلا دليل على الصلح من هذا، إذ لو كان هناك صلح؛ لم

(١) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

(٢) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/٢٥١ ـ ٢٥٢).

(٣) أخرجه مسلم (٧٧/١٧٧٢).

(٤) «وليس المراد أنهم لا يقتلون ظلما صبرا؛ فقد جرى على قريش بعد ذلك ما هو معلوم». شرح مسلم للنووي (١٠٦/١٢).

يستبح دماءهم في هذا، ولكان يدِي[1] من قتله خالد بن الوليد من أهلها؛ لأنه قد ثبت لهم ذمام وأمان، كما ودا عمرو بن الحضرمي لما قتله أصحابه من غير علم منهم بأمان رسول الله ﷺ[2]، فلما أخبره بقتله؛ قال: قتلتم رجلا له ذمام نبي، وجوار وسادته، فساق ديته إلى مكة فلم يقبلوها.

فإن قيل: فإن خالدا قال: هم بدؤوني بالقتال فقتلت[3].

قيل: فهذا يدل على أن الصلح كان غير واقع، وأن القوم كانوا على ما هم عليه، فكأنهم لم يقبلوا الأمان، وقد روينا أنه ﷺ أذن لخزاعة في قتال بني بكر حتى أخذوا منهم ثأرهم يوم مكة[4].

وقد روي أنه ﷺ دخل الكعبة يوم الفتح ومعه بلال وأسامة بن زيد، ثم أخذ بعِضادتي[5] الباب والناس ينظرون إليه، فقال: لا إله إلا الله، صدق وعده، ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده، ما تقولون وما تظنون، فقالوا له: خيرا نظن»[6].

فقوله ﷺ: (٨٥) «إن الله تعالى صدق وعده، ونصر عبده، وهزم الأحزاب وحده»؛ يدل على العنوة، وأن جميع ما وعده الله به من النصر وإذلالهم، وخزيهم، وتعذيبهم، وأن يشفي الصدور منهم، وأن يذهب غيظ قلوب المؤمنين؛

---

(١) أي يدفع الدية.

(٢) تقدم تخريجه (٥/٤٢).

(٣) أخرجه البيهقي (٩/٢٠٢ ـ ٢٠٤).

(٤) تقدم تخريجه (٥/١٤٣).

(٥) «العضادة بالكسر: جانب العتبة من الباب». المصباح المنير (٢٤٠).

(٦) أخرجه بنحوه أحمد (٣/٤١٠) وعبد الرزاق (١٧٢١٣) وإسناده صحيح.

قد حصل كله كما وعده الله تعالى.

ومن جهة النقل عن أهل المغازي وأنه عليه السلام دخلها عنوة، قال الواقدي: حدثني نيف وعشرون رجلا من أهل المدينة عن مغازي رسول الله ﷺ التي غزاها بنفسه، وأنها سبعة وعشرون غزاة(١)، وذكروا الغزوات التي قاتل فيها، ومن جملتها فتح مكة.

وأيضا فإن الأصل أن أهل مكة كانوا مقيمين على محاربة النبي عليه السلام وإظهار عدائهم، هذا معلوم متيقن، والصلح أمر حادث لا يثبت إلا بنقل يقع العلم به ويتيقن.

وأيضا فإن الصلح هو عقد بين متعاقدين يحتاج فيه إلى مراضاة ومراسلة قبله ليشتهر، وإذا وقع مع الجماعة الكثيرة ـ وخاصة هذا الفتح العظيم ـ؛ لا بد أن يردد القول والمراسلة، وإظهار الكتب والشهادات، ولم ينقل من طريق يثبت شيء من هذا، فينبغي أن يكون على الأصل.

فإن قيل: فإن الكتاب والسنة أيضا يدلان على صحة قولنا، فأما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿وَلَا يَزَالُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ تُصِيبُهُم بِمَا صَنَعُواْ قَارِعَةٌ أَوْ تَحُلُّ قَرِيبًا مِّن دَارِهِمْ﴾(٢).

---

(١) وبه قال ابن سعد، وهو مطابق لِما عدّه ابن إسحاق. الفتح (١٧٦/٩)
وأخرج البخاري (٣٩٤٩) عن زيد بن أرقم أنها تسع عشرة غزوة.
وقال ابن حجر: «ومراده الغزوات التي خرج النبي ﷺ فيها بنفسه، سواء قاتل أو لم يقاتل، لكن روى أبو يعلى من طريق أبي الزبير عن جابر أن عدد الغزوات إحدى وعشرون. وإسناده صحيح، وأصله في صحيح مسلم، فعلى هذا ففاته ذكر اثنتين منها..» الفتح (١٧٥/٩ ـ ١٧٦) وانظر التوضيح لابن الملقن (١١/٢١ ـ ١٢).

(٢) سورة الرعد، الآية (٣١).

قيل: المراد به مشركو قريش، أخبر الله تعالى أن قوارع النبي ﷺ تطرق أهل مكة، وسراياه تأتيهم، وجعل لانقلاعها حدا محدودا وهو أنه تحل قريبا من ديارهم[1].

قالوا: وهذا نص في مذهبنا؛ لأننا نقول: إن الرسول ﷺ نزل بمر الظهران، وعقد عقد الأمان بقوله: من ألقى السلاح فهو آمن، ومن دخل دار أبي سفيان فهو آمن[2]، فانقطعت السرايا (٨٦) عنهم بعد ذلك، ومن قال: إنها عنوة؛ جعل أعظم القوارع تطرقهم وهو أن يحل ﷺ قريبا من دارهم، فقد خالف لا محالة مقتضى الظاهر.

قيل: هذا فاسد، وذلك أن «أو» للتخيير أو الشك، ولا يجوز أن تكون هاهنا للشك؛ لأن الله تعالى لا يشك، وتقدير الآية هو أنه تعالى قال: ﴿وَلَا يَزَالُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ تُصِيبُهُم بِمَا صَنَعُواْ قَارِعَةٌ﴾[3] أي إن صنيعهم يوجب ذلك ﴿أَوْ تَحُلُّ قَرِيبًا مِّن دَارِهِمْ﴾[4]، فوجب القارعة عليهم أيضا لصنعهم، وليس تقدير «أو» هنا تقدير «حتى» فيكون معناه: حتى تحل قريبا من دارهم، ثم لو كانت بمعنى حتى؛ لكان المراد: حتى تحل قريبا من دارهم فتصيبهم كل القوارع وأعظمها، ألا ترى أنه لو صرح بذلك؛ لكان صحيحا.

وقوله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَأْتِيَ وَعْدُ ٱللَّهِ﴾[5] أي النصر العزيز ....

---

(١) وروي نحوه عن ابن عباس ومجاهد وعكرمة وغيرهم، وقيل: تحل القارعة قريبا من دارهم، وهو مروي عن الحسن. نظر تفسير ابن جرير (٦/٤٧٤٣ ـ ٤٧٤٥).

(٢) تقدم تخريجه (٥/١٥٠).

(٣) سورة الرعد، الآية (٣١).

(٤) سورة الرعد، الآية (٣١).

(٥) سورة الرعد، الآية (٣١).

الذي وعدك[1].

يقوي ما تأولناه أنه قال ﴿حَتَّىٰ يَأْتِيَ وَعْدُ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُخْلِفُ ٱلْمِيعَادَ﴾[2].

ويشهد لهذا الذي تأولناه؛ أن الإمام إذا كان ينفذ السرايا سرية بعد سرية ليفتح بهم، فلم يتم ذلك، ثم عمد بنفسه وعسكره حتى يحل قريبا من الموضع الذي يريده؛ فإن هذا أعظم مما كان يفعله قبل ذلك، فإذا كان النبي عليه السلام لم يصالحهم في السرايا التي هي أضعف من قصده بنفسه وجميع جيشه وعسكره؛ كان أولى أن لا يصالحهم عند أعظم الحالتين، مع وعد الله تعالى [له][3] ما وعده، وقد قال تعالى: ﴿حَتَّىٰ يَأْتِيَ وَعْدُ ٱللَّهِ ۚ إِنَّ ٱللَّهَ لَا يُخْلِفُ ٱلْمِيعَادَ﴾[4].

فلم يثبت لهم في الآية ما تأولوه، وبطل ما قصدوه، وكان حملها على ما تأولناه أولى.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿وَعَدَكُمُ ٱللَّهُ مَغَانِمَ كَثِيرَةً تَأْخُذُونَهَا فَعَجَّلَ لَكُمْ هَٰذِهِۦ﴾ إلى قوله: ﴿وَأُخْرَىٰ لَمْ تَقْدِرُوا۟ عَلَيْهَا قَدْ أَحَاطَ ٱللَّهُ بِهَا﴾[5].

فأخبر الله تعالى [أنه][6] وعدهم مغانم، وعجل منها أخرى لم يصلوا إليها، (٨٧) قال أهل العلم: هذه الآية نزلت بالحديبية، وأنه أراد بقوله ﴿فَعَجَّلَ

---

(١) وقيل: يوم القيامة، وهو مروي عن الحسن. انظر تفسير ابن جرير (٦/٤٧٤٥).

(٢) سورة الرعد، الآية (٣١).

(٣) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٤) سورة الرعد، الآية (٣١).

(٥) سورة الفتح، الآيتان (٢٠ ـ ٢١).

(٦) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

لَكُمْ هَٰذِهِۦ﴾: خيبر[1]، وأخرى لم تقدروا عليها، اختلف أهل التفسير فيه؛ فقال بعضهم: أراد مكة أنه لم يقدر عليها بالقتال[2]، وقال بعضهم: أراد بذلك فارس والروم[3].

قالوا: وحمله على مكة أولى من وجهين:

أحدهما: أنه لا يقال: «لم يقدر على الشيء»؛ إلا بعد طلبه وقصده، والنبي ﷺ لم يكن طلب الروم ولا فارس، ولا قصدهم حتى يقال: لم يقدر عليهم.

والثاني: أنه يقتضي أنه لم يقدر عليه أصلا، لا النبي ﷺ ولا غيره، وهذه صفة مكة؛ لأن فارس إن لم يقدر النبي ﷺ عليها؛ فقد قدر عليها عمر.

قيل: إن هذه الآية أيضا حجة لنا لو ثبت ما قلتموه، وذلك أنه تعالى قال: ﴿وَأُخْرَىٰ لَمْ تَقْدِرُوا۟ عَلَيْهَا قَدْ أَحَاطَ ٱللَّهُ بِهَا﴾.

فمعناه: إنكم لم تقدروا عليها بنفوسكم لولا أن الله تعالى أحاط بها ونصركم، وقوى كلمتكم، وأخزاهم، وشفى صدوركم منهم، وإنما هذا كله على وجه الامتنان عليهم، ووعدهم أن يدخلوها قاهرين غالبين مطمئنين، وهذا لا يكون إلا بالعنوة، ألا ترى إلى قوله تعالى: ﴿وَكَانَ ٱللَّهُ عَلَىٰ كُلِّ

---

(١) ورواه ابن جرير عن مجاهد وقتادة، وقيل: الصلح الذي كان بين رسول الله ﷺ وبين قريش، ورواه ابن جرير عن ابن عباس، ورجح قول مجاهد. انظر تفسير ابن جرير (٩/٧٤٩٠ ـ ٧٤٩١) وزاد المسير (٧/٤٣٥).

(٢) رواه ابن جرير (٩/٧٤٩٣ ـ ٧٤٩٤) عن قتادة، ورجحه.

(٣) رواه ابن جرير (٩/٧٤٩٢ ـ ٧٤٩٣) عن ابن عباس وابن أبي ليلى والحسن. وفيها قولان آخران: أحدهما: ما يفتح للمسلمين بعد ذلك، رواه سماك الحنفي عن ابن عباس، والثاني: خيبر، ورواه عطية والضحاك عن ابن عباس، وبه قال ابن زيد. انظر زاد المسير (٧/٤٣٦).

شَيۡءٖ قَدِيرٗا﴾ ، فإنما تم لهم ذلك بقدرته تعالى لا بقدرتهم.

فإن قيل: فإن عكرمة روى عن ابن عباس أن رسول الله ﷺ لما نزل بمر الظهران قال العباس قلت: «إن نزل رسول الله ﷺ مكة عنوة ؛ فقد هلكت قريش ، فركبت بغلة النبي ﷺ البغلة البيضاء لأطلب ذا حاجة ، أو حاطبا فأخبره ليدخل مكة ، فيخبرهم ليخرجوا ويستأمنوا ، قال: وأنا أسير إذ سمعت صوت أبي سفيان وبديل بن [ورقاء][(١)] ، وحكيم بن حزام ، فقلت: أبا حنظلة؟ فقال: أبو الفضل ، قلت: نعم ، قال (٨٨) فداك أبي وأمي ما بالك؟ قلت: رسول الله ﷺ والناس ، قال: فماذا ترى؟ قال: قلت: اركب خلفي ، قال: فحملته إلى النبي ﷺ وأمّنه ، فقال: أمسكه إلى الغد ، قال: فلما أصبحنا ؛ جاء أبو سفيان وأسلم ، فقال: فقلت: يا رسول الله! إن أبا سفيان رجل يحب الفخر ، فقال ﷺ: من دخل دار أبي سفيان ؛ فهو آمن ، ومن دخل المسجد ؛ فهو آمن ، قال: ثم قال لي: خذ بيده إلى المضيق ليجوز عليه جند الله تعالى ، فحملته ووقفنا والجيوش تجوز ، فكلما مرت طائفة منهم يقول من هم؟ فأقول: مزينة ، فقال: ما لي ومزينة ، ومرت طائفة أخرى فقلت: غطفان ، فقال: ما لي وغطفان ، إلى أن جاز رسول الله ﷺ والمهاجرون والأنصار حوله ، لا ترى منهم [إلا الحدق من الحديد][(٢)] فقال: لقد أصبح [ملك][(٣)] ابن أخيك ملكا عظيما ، قال فقلت: ما هو ملك ، وإنما هي نبوة ، فقال: نعم إذن ، ثم قلت له: الْحق بقومك فحذرهم ، قال: فدخل مكة وصاح: جاءكم محمد لا قبل لكم

(١) في الأصل: أوفا ، والتصحيح من التخريج.

(٢) في الأصل: إلا الحديد من الحدق ، والتصحيح من مصادر التخريج.

(٣) ليست في الأصل ، والمثبت من مصادر التخريج.

به، قالوا له: مه، فتفرق الناس إلى منازلهم»[1].

قالوا: وهذا لا محالة صفة الصلح وعقد الأمان.

قيل: هذا كله يدل على أنه دخلها عنوة؛ لأنكم لم تنقلوا أنه عقد أمانا لجماعة على وجه الصلح والتراضي منهم، فأما أن يمن عليهم مَنّا من جهته بغير تراض ومعاقدة؛ فهذا قولنا: إنه دخلها عنوة، ومنّ عليهم على شرط أن يضعوا السلاح، وأن يغلقوا أبوابهم أو يدخلوا المسجد.

وقول العباس رحمه الله: «إن رسول الله ﷺ إن دخل مكة على هذا هلكت قريش»[2]؛ من أدل دليل على قوتهم وظهورهم، وعلو كلمتهم، فلا حاجة إلى الصلح.

فإن قيل: فلا حاجة به إلى أن يمن عليهم ويؤمنهم؛ لأنه قد (٨٩) ملكهم، وعلا عليهم، وقهرهم، فلما جاز لكم أن تقولوا: إنه منّ عليهم؛ جاز لنا أن نقول: إنه صالحهم، وإن كان قاهرا ظاهرا مستعلنا.

قيل: ليس منزلة المن عليهم بعد القهر والغلبة وعلو الكلمة بمنزلة صلحهم؛ لأن الصلح إنما يقع بمراضاة وشروط يختارونها إن لم تتم كانوا على ما كانوا عليه من المقاومة والمكافأة، ولا إذلال عليهم في ذلك، وليس كذلك إذا ملكهم وقهرهم، وملك أن يجري عليهم جميع أحكامه، ثم يتفضل عليهم بالمن والعفو بعد المقدرة والتمكن منهم، وتفرقهم إلى منازلهم فإنما كان خوف القتل لما قال لهم أبو سفيان: إنه قد جاءكم بما لا قبل لكم به،

(١) تقدم تخريجه (٥/١٥٠).

(٢) هو الحديث قبله.

وأنه مع هذه الحال قد أمنكم إن ألقيتم السلاح ودخلتم بيوتكم.

فإن قيل: فقد روي أنه ﷺ قال للأنصار: لا يشرفن عليكم أحد إلا أمنتموه.

قيل: هكذا نقول إنه من عليهم؛ لأنه لم يقل: فإنني قد صالحتهم، ولو وقع صلح؛ لم يخف على الأنصار وهم حافّون به، ولو علموا الصلح؛ لم يحتج أن يقول لهم ذلك.

فإن قيل: فقد روي أن رسول الله ﷺ لما سار إلى مكة؛ قال حسان بن ثابت في مسيره:

هجوت محمدا فأجبت عنه ... وعند الله في ذاك الجزاء
تنازعنا الأسنة مسرعات ... يلطمهن بالخُمر النساء
فإن أعرضتم عنا اعتمرنا ... وكان الصلح وانكشف الغطاء

قال: فلما دخل ﷺ مكة؛ خرج نساء قريش يلطمن وجوه الخيل بخمرهن.

قيل: فأين أنتم عن قول حسان في هذه الأبيات بعد قوله:

فإن أعرضتم عنا اعتمرنا ... وكان [الفتح][1] وانكشف الغطاء

(٩٠) وإنما قال: الفتح[2]، ولم يقل: الصلح، ثم قال بعد هذا البيت:

وإلا فاصبروا لجلاد يوم ... يعز الله فيه من يشاء
وجبريل رسول الله فينا ... وروح القدس ليس له كفاء

(١) في الأصل: الحق.

(٢) وهو الذي نقله ابن إسحاق، وعنه ابن كثير في البداية والنهاية (٤/٣٥٧).

ثم قال:

هجوت محمدا فأجبت عنه ....

فلما قال: «وكان الفتح» ولم يقل: «الصلح» ؛ علمنا أنه أراد الغلبة ، ألا ترى إلى قوله بعده:

وإلا فاصبروا لجلاد يوم يعز الله فيه من يشاء

ثم قال:

وجبريل رسول الله فينا وروح القدس ليس له كفاء

ومن معه جبريل ؛ فهو القاهر الغالب لا محالة ، فلا يحتاج إلى الصلح ، وإنما مسح النساء بخمرهن وجوه الخيل فزعا ، وكذلك الخائف إذا قُهر وتدبدب ، وخاصة النساء وضعف قلوبهن ، ولما منّ على الجماعة وعفا عنها وعن دمائها ؛ كانت هذه صورتها ، ولو كان دخلها صلحا بمرضاتهم ؛ لم تكن هذه نفوسهم في الذل والخوف ، وأين أنتم عن قول سعد بن عبادة وهو في كتيبة الأنصار وقد رأى أبا سفيان فنادى أبا سفيان:

اليوم يوم الملحمة اليوم تستحل الحرمة

فلما مر النبي ﷺ بعده في المهاجرين بأبي سفيان قال له: يا رسول الله! أمرت بقومك أن يُقتَلوا ؛ فإن سعد بن عبادة ومن معه حين مروا بي ناداني سعد فقال:

اليوم يوم الملحمة اليوم تستحل الحرمة

وأنا أناشدك في قومك ، فأرسل رسول الله ﷺ إلى سعد بن عبادة

فعزله، [وجعل][1] الزبير بن العوام مكانه على الأنصار مع المهاجرين[2]، فصار الزبير بالناس حتى وقفوا بالحجون، وغرز راية رسول الله ﷺ، واندفع خالد بن الوليد حتى دخل مكة من أسفل مكة، فلقيه بنو بكر، (٩١) فقاتلوه فهُزموا، وقُتل من بني بكر قريب من عشرين رجلا، ومن هذيل ثلاثة أو أربعة، وانهزموا وقُتلوا بالحَزْورة[3] حتى بلغ قتلهم باب المسجد، وفر فضضهم[4] حتى دخلوا الدور، وارتفعت طائفة منهم على الجبال، واتبعهم المسلمون بالسيوف، ودخل رسول الله ﷺ في المهاجرين الأولين، وصاح أبو سفيان حين دخل مكة: من أغلق داره وكف يده؛ فهو آمن، فقالت له هند بنت عتبة وهي امرأته: قبحك الله من طليعة قوم، وقبح عشيرتك معك، وأخذت بلحية أبي سفيان، ونادت يا آل غالب! اقتلوا الشيخ الأحمق، هلا قاتلتم ودفعتم عن أنفسكم وبلادكم، فقال أبو سفيان: ويحك اسكتي وادخلي بيتك فإنه جاءنا بالحق»[5].

فجرى هذا كله ولا يذكر فيه حديث الصلح في أحد منهم، وليس هاهنا شيء من علامات الصلح؛ لأن الصلح يكون بمراضاة الوجوه، وينشر فيرضى به الأتباع بعد أن يعلموه ويقفوا عليه، ولو وقع الصلح؛ لما جرى مما جرى

---

(١) ساقطة من الأصل، والمثبت من مصادر التخريج.

(٢) ذكر صاحب الحاوي الكبير (٢٢٧/١٤) أن النبي ﷺ سلم الراية لابن سعد بن عبادة، واسمه قيس.

(٣) هو موضع بمكة عند باب الحناطين، وهو بوزن قسورة، قال الشافعي: الناس يشددون الحزورة والحديبية، وهما مخففتان. النهاية (٢٠٥).

(٤) أي فرقة وطائفة منهم. انظر مختار الصحاح (٢٦٢).

(٥) تقدم تخريجه (١٥٠/٥).

شيء، وإنما التخليط الذي جرى منهم لما دخلها عنوة من غير عهد ولا عقد، ولا كتاب تسكن إليه النفوس.

فإن قيل: فإن للصلح أمارات وعلامات، وللعنوة أمارات وعلامات، فأمارات العنوة هو القتل والسبي، والنهب والقسمة، والنبي ﷺ لم يفعل شيئا من هذا، ولا نُقل في شيء من السير.

قيل: إذا بطل الصلح لأن أمارته لم تحصل؛ لم يبق إلا العنوة، ولكنه ﷺ منّ عليهم لأنهم عشيرته وعشيرة من معه، وهو البلد الحرام الذي من دخله كان آمنا، وهو أصل الإسلام والبعث، وعلم أن أكثرهم سيسلمون، فمنّ عليهم، وأخرج الضغائن، وألف بينهم بعد تمكنه منهم، وبعد أن قهرهم، وأعلمهم أن الله تعالى نصره (٩٢) [عليهم ومكنه منهم][١] ثم أنعم عليهم.

فإن قيل: فإن النبي ﷺ حين فتح خيبر قال رجل: إني أخذت من المغنم كبة [ ][٢] لأخيطه بردعة لبعيري فقال ﷺ: ما لي مما أفاء الله عليكم إلا الخمس، والخمس مردود عليكم، فقال الرجل: إذا بلغ الأمر إلى هذا فلا حاجة لي فيه، ورمى بالكبة[٣].

---

(١) طمس بمقدار ثلاث كلمات، والمثبت من السياق.

(٢) طمس بمقدار ثلاث كلمات.

(٣) أخرجه سعيد بن منصور (٢٧٢٦) عن قيس بن حازم أن رجلا أتى النبي ﷺ بكبة شعر من المغنم، فقال: يا رسول الله! إنا نعمل الشعر فهبها لي، فقال: نصيبي فيها لك.
وأخرج أحمد (١٢٧/٤ ـ ١٢٧) منه قوله: «ما لي مما أفاء الله عليكم إلا الخمس والخمس مردود فيكم من حديث أم حبيبة بنت العرباض بن سارية».
وله شاهد من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص عند أحمد (١٧٤/٢) وآخر من حديث عبادة بن الصامت أخرجه أحمد أيضا (٣١٧/٥ ـ ٣١٩) وآخر من حديث عمرو بن عبسة=

وكذلك تخييرهم[1] بين أحسابهم وأنسابهم لما سألوه فقال: فأما نصيببي ونصيب بني المطلب؛ فمردود عليكم، ثم سأل الغانمين، واستطاب أنفسهم حتى ردوا ما حصل في أيديهم[2].

فلو كان قد [ ][3] شيئا بمكة؛ لكان ﷺ يستطيب نفوسهم حيث من عليهم.

قالوا: ثم هاهنا يسقط أصل ما ذكرتموه، وهو أنه لم ينقل أن أحدا من عسكر النبي ﷺ أخذ شيئا، فلو كان قد غنموه ولكن منّ عليهم؛ لنقل أن أحدا غنم شيئا منه.

قيل: جميع ما ذكرتموه؛ لا يلزم، وهو حجة عليكم، وذلك أنه قد من وعفا في هوازن بعد الغلبة والقهر، فأما استطابة نفوسهم؛ فإن من أصلنا أنهم لا يملكون ملكا مستقرا إلا بالقسمة، وقد ذكرنا دليل هذه المسألة[4]، فله ﷺ صلاحية أن يمن أو يعفو عن الدور والأموال قبل القسمة، وإنما استطاب نفوسهم في هوازن؛ لأن القسمة كانت برضاه، واستقر ملكهم عليها، وفي مكة لم يكن كذلك.

فإذا كان أصلنا أن أرض العنوة لا تملك أصلاً، وأن الإمام يقر أهلها عمالا للمسلمين؛ لم يلزمنا نحن ما ذكرتموه، وكذلك له أن يمن بالأنفس

= أخرجه أبو داود (٢٧٥٥) ولم أجده بلفظ المصنف.

(١) والتخيير كان لهوازن كما مر، وكما سيشير المصنف أيضا بعد قليل.

(٢) أخرجه البخاري (٤٣١٧ ـ ٤٣١٩).

(٣) كلمة غير ظاهرة.

(٤) انظر ما تقدم (٥/٥٠).

والأموال، ألا ترى أن له أن يمن على الأسارى ـ عندنا وعندكم ـ وإن كانوا مما يملك، وهم من الغنائم، فكذلك باقي الأموال يتركها لهم، وقد قلنا: إنه لم ينقل أن أحدا غنم شيئا، فكيف (٩٣) يكون لهم غنيمة وقد منّ عليهم، وعفا عن أموالهم، وتركها لهم، وقد قلنا: إنهم لا يملكون الغنيمة إلا بالقسمة، فلم يلزمنا شيء مما ذكرتموه.

فإن قيل: فإن النبي ﷺ أنكر على خالد بن الوليد قتاله، وقال: اللهم إني أبرأ إليك مما فعله خالد[1].

قيل: هذا الوجه إن صح؛ فيحتمل أن يكون إنكاره عليه هو أنه يظن أنه قاتلهم بعد قبولهم المنّ عليهم.

وقوله: «اللهم إني أبرأ إليك من فعله»؛ فإنما كان في قتال خالد لبني جذيمة[2]، فأما في أهل مكة؛ فما يعرف، ولو ثبت ذلك؛ لاحتمل أن يكون خالد قتل قوما منهم بعد أن من عليهم وعفا عنهم.

على أنه لو كان قتلهم مع [نهيه عن ذلك][3]؛ لوداهم ﷺ، فلما لم ينقل أحد أنه ودا واحدا منهم؛ سقط ما ذكرتموه، وعلم أنه لم يقتل إلا من

(١) أخرجه البخاري (٤٣٣٩) لكن القصة في بني جذيمة لا في فتح مكة كما سيشير المصنف في الجواب عن هذا الاعتراض.

(٢) «بفتح الجيم وكسر المعجمة ثم تحتانية ساكنة، أي ابن عامر بن عبد مناة بن كنانة، ووهم الكرماني فظن أنه من بني جذيمة بن عوف بن بكر بن عوف قبيلة من عبد قيس، وهذا البعث كان عقب فتح مكة في شوال قبل الخروج إلى حنين عند جميع أهل المغازي، وكانوا بأسفل مكة من ناحية يلملم». أفاده الحافظ في الفتح (٩/ ٦٥٠).

(٣) ساقطة من الأصل، والمثبت من السياق.

استحق القتل.

فإن عدلوا عن هذا وقالوا: إن النبي ﷺ صالح القوم، وإن العقد كان لأهل مكة، والذين قتلهم خالد لم يكونوا من أهل مكة، وإنما كانوا من [ ][1] وبني بكر حلفاء لقريش، فلم يلزم ما ذكرتموه من قتال خالد لمن قاتله، ولا تجب الدية في مثل هؤلاء.

وأيضا فإن خالدا اعتذر منه إلى النبي ﷺ، وقال: إنهم بدؤوني بالقتال، فلو كان دخلها عنوة من غير صلح؛ لم يحتج خالد إلى هذا الاعتذار؛ لأنهم وإن لم يبدؤوه بالقتال؛ جاز له أن يقاتلهم ويقتلهم، فدل ذلك على ما ذكرناه.

قيل: أما الفصل الأول؛ فقد اتفقنا أن خالدا قاتل وقتل في نفس دخوله وإن [صححتم][2] أن هذا كان لغير أهل مكة، والظاهر أن القتال وقع بمكة، ومن هو بمكة فهو منها حتى يعلم أنه من غيرها، فحملنا له على أنها عنوة، وأن قتاله أنه وقع لجميعهم على ما يوجبه الظاهر (٩٤) أولى.

وأما الفصل الثاني وإنكار النبي ﷺ ذلك؛ فهو خلاف [الفرض][3] الأول؛ لأنه إذا قتل على زعمكم من ليس بأهل عقد الصلح؛ فلا ينكر عليه، فلنا أن نقول: إنما أنكر عليه لأنه قد منّ عليهم وعفا عنهم، فظن أن خالدا قتلهم مع هذه الحال، فلما قال له: إنهم بدؤوني بالقتال؛ زال النكير عليه، وحجتنا من هذا أن القوم كانوا مقيمين على القتال، فقاتلوا خالدا، ولو كان

(١) كلمة لم أتبينها.

(٢) كلمة لم أتبينها، وما أثبته أقرب إلى رسمها.

(٣) كلمة لم أتبينها، وما أثبته أقرب إلى رسمها.

لهم عقد صلح؛ لم يذهب عنهم، ولعلموه ولم يبدؤوا بالقتال، وكان خالد يقول لهم: أليس نحن على صلح فلم تقاتلون؟ فلما لم يكن شيء من هذا؛ دل على العنوة.

فإن قيل: فإن سعد بن معاذ كان مستجاب الدعوة، فدعا فقال: «اللهم إن كان يريد أن يكون بين النبي ﷺ وبين قريش قتال؛ فأبقني إلى ذلك الوقت، فمات قبله»(١). فعلم أنه لم يكن بينهم قتال.

وروي أن بجير بن زهير بن أبي سلمى قال يوم فتح مكة:

فأعطينا رسول الله منا ... مواثيق على حسن التصافي
فأعطونا المقادة حين قلنا ... تعالوا بارزونا للمصافي(٢)

فأخبر أنهم لانوا وأعطوا المقادة، وتركوا القتال حين دعوهم إلى البراز، فدل على أنه لم يكن هناك قتال.

قيل: أما قولكم: «إن [سعد بن](٣) معاذ كان مستجاب الدعوة؛ فإنه قال: «إن كان يريد أن يكون بينهم قتال»(٤)، وليس العنوة لا بد فيها من قتال، ولكنه يدخلها على فرار من أهلها، وفزعهم من القتال، وشدة خوفهم منه، ودخولهم بيوتهم، وهذا لا ينفي دخولها عنوة مع عجزهم عن قتاله، وعلى أن هذا لم يثبت(٥).

---

(١) أخرجه البخاري (٤١٢٢).
(٢) انظر البداية والنهاية (٤/٣٦٠).
(٣) ساقطة من الأصل.
(٤) تقدم تخريجه (٥/١٦٧).
(٥) بل هو ثابت كما تقدم.

ثم لا يقطع على أن سعد بن معاذ يجاب في كل شيء إلى أن يموت، فإن هذه صفة الأنبياء الذين دعاؤهم (٩٥) مقترن بالإجابة.

وعلى أن النبي ﷺ قد قاتل بني قريظة بعد هذا القول [ ][١].

وأما قصة ابن زهير؛ فإن قوله: «فأعطينا رسول الله مواثيقا» يدل على أنه مسلم. وقوله «فأعطونا المقادة» أي انقادوا لنا خاضعين فزعين من القتال، عاجزين عنه، وهذا لا ينفي العنوة. وبالله التوفيق.

مَسْألة (١٥):

إذا غنم المسلمون مواشي الكفار ودوابهم، وخافوا من كر[٢] عدوهم وأخذها من أيديهم؛ فإنها تعرقب[٣] وتعقر[٤] حتى لا ينتفعوا بها، وكذلك [إن لم نتمكن من أخذها منهم][٥][٦].

(١) كلمة لم أتبينها. وفي كلامه أمران: أحدهما أن سعدا هو الذي حكم بأن تقتل المقاتلة، وتسبى الذرية والنساء.
الثاني: أن سعدا دعا الله أن يبقيه إن كان بقي من شيء من الحرب بين النبي ﷺ وبين قريش، لا مطلق القتال.

(٢) أي رجوع العدو إليهم.

(٣) أي يقطع عرقوبها، والعرقوب عصب غليظ فوق عقب الإنسان، ومن الدابة في رجلها بمنزلة الركبة في يدها. القاموس (١/١٣٠).

(٤) حتى تجرح، كما في الصحاح (عقر) وقد أثبتها محقق عيون المجالس (٢/٧٠٦ ـ ٧٠٧): «تعقد»، وأشار إلى أنها في نسخة أخرى: «تغفر»، وكلاهما خطأ عندي، والصواب ما أثبته هنا، ولعل نقطة القاف الثانية مالت قليلا إلى العين فظنها نقطة العين.

(٥) في الأصل: إن لم يتمكن من أخذها منهم العدو، والتصحيح من عيون المجالس.

(٦) انظر المدونة (١/٧٥٦) التفريع (١/٢٤٧) المعونة (١/٤٤٤ ـ ٤٤٥).

وبه قال أبو حنيفة[1].

وقال الشافعي[2]: لا يحل قتلها ولا عقرها، ولكن تخلى[3].

والدليل لقولنا أن الدواب من أكثر ما يتقوون به على المسلمين، فيجوز إتلافها عليهم لأن فيه تقويتهم لو أبقيناها.

وأيضا فلا خلاف بيننا أن المشرك لو كان راكبا؛ لجاز لنا أن نعرقب ما تحته ونقتله ليتوصل بذلك إلى قتله هو، فكذلك إذا لم يكن راكبا، فكذلك فعل ما فيه ضعفهم وتوهينهم وما يؤدي إلى تلفهم بمنزلة واحدة، ألا ترى أن قطع أشجارهم وإتلاف زروعهم وثمارهم يجوز؛ لأن في إتلافها ضعفهم وما يؤدي إلى تلفهم[4]، وأشجارهم أيضا أعيان نامية يتقوون بها.

فإن قيل: فيجب أن يتلف عليهم بالذبح.

قيل: لا يبطل منافعهم بها؛ لأنهم يأكلون ذبائحنا، ويجوز عندنا أكل لحوم الخيل وعندهم، وإن كنا نحن نكرهه، فتلفها عليهم بالقتل أو تعقر وتعرقب حتى لا ينتفعوا بها؛ أولى.

على أن مالكا قال في موضع: تعرقب أو تذبح[5]، والصحيح أنها لا تذبح.

---

(١) التجريد (٦١٤٤/١٢ - ٦١٤٥) الهداية مع شرح فتح القدير (٤٦٢/٥ - ٤٦٥).

(٢) وهو مذهب الحنابلة. انظر المغني (٦٧٧/١٢ - ٦٧٧).

(٣) الأم (٧٠٦/٥) روضة الطالبين (٢٥٧/١٠).

(٤) هكذا بالأصل، ولعل الصواب: وربما يؤدي إلى تلفهم.

(٥) انظر المدونة (٧٥٦/١).

فإن قيل: فقد روي أن النبي عليه السلام (٩٦) نهى عن قتل الحيوان إلا لمأكلة[1]، وهذا قتل لغير مأكلة.

قيل: هو عام إلا أن يكون فيه توهين وضعف للمشركين، بدلالة جواز قتله إذا كان تحتهم.

فإن قيل: فقد نهى عن تعذيب الحيوان، ونهى عن قتل الحيوان صبرا[2].

قيل: هذا أيضا عموم يخص بالدلالة، وقد ذكرناها، فجاز قتلها كما لو كانوا ركابا لها.

ويجوز أن نحرر منه قياسا فنقول: هو حيوان يتقوى به المحارب لخلاص نفسه، لا يقدر على أخذه، فجاز قتله كما لو كان تحته.

أو نقول: هو من خيل المشركين المحاربين لا يتمكن من أخذه، وفي قتله نكاية لهم، فجاز قتله، أصله إذا كان [راكبا][3] لها.

فإن قيل: كل حيوان لا يجوز قتله إذا لم يخف من أهل الحرب؛ لم

---

(١) قال الزيلعي في نصب الراية (٣/٤٠٦): «غريب»، واستغربه أيضا ابن الهمام في شرح فتح القدير (٥/٤٦٤) وغيره، وأخرج أبو داود في المراسيل ص (٢٣٩ ـ ٢٤٠) عن القاسم مولى عبد الرحمن قال: قال رسول الله ﷺ: «لا تحرقن نخلة.. ولا تقتلن بهيمة ليست لك بها حاجة»، وهذا أقرب لفظ لحديث المصنف كما قال ابن الملقن في البدر (٦/٧٧١).
وقد ورد موقوفا على أبي بكر رضي الله عنه أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الجهاد، باب النهي عن قتل النساء والصبيان في الغزو (١٠) والبيهقي في الكبرى (٩/١٥٢) عن يحيى بن سعيد الأنصاري، وسعيد بن منصور في سننه (٢/١٤٧ ـ ١٤٩) عن عبد الله بن عبيدة. وأخرجه البيهقي (٩/١٥٢٣) من طريق أبي عمران الجوني أن أبا بكر بنحوه.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) في الأصل: ركابا.

يجز قتله إذا خيف أهل الحرب، دليله أطفال المشركين وذراريهم.

قيل: المعنى في أطفالهم أنهم لا يتقوون بهم للحرب، ولا لخلاص نفوسهم، وقد ذكرنا قياسا يعارض هذا، ويرجحه أننا نعلم أنهم يتقوون بالخيل وتقوى بها شوكتهم، ويتوصلون بها إلى خلاص نفوسهم في الحرب، ويدركون بها ما هو غاية في الضرر بالمسلمين، فهي أبلغ من الشجر.

فإن قيل: فإن في قتل أطفالهم إضرارا بهم، وكسر شوكتهم، ومنع نفوسهم، ومع هذا فلا يجوز قتلهم.

قيل: ليس في أطفالهم تقوية لشوكتهم على القتال في الحال، ألا ترى أنه يجوز قتل الخيل إذا كانوا ركابا لها في الحرب، ولا يجوز قتل أطفالهم وإن كانوا معهم في الحرب؛ لأنه لا ضرر على المسلمين منهم في الحال، ولا تقوية لهم بهم، بل قوتهم في الحرب بالخيل، وضررهم على المسلمين بها أمر لا يخفى، وكون الأطفال معهم يشغل قلوبهم، ويضعفها خوفا عليهم، فجاز قتل دوابهم كما يجوز قتلهم في نفوسهم، ولم يجز قتل (٩٧) أطفالهم، فكذلك يجوز قتل دوابهم وإن لم يكونوا [رُكّابا لها][1].

وأيضا فإن الله قد مدح من فعل ذلك، وذكر أجرهم عليه فقال تعالى: ﴿وَلَا يَطَـُٔونَ مَوۡطِئٗا يَغِيظُ ٱلۡكُفَّارَ وَلَا يَنَالُونَ مِنۡ عَدُوّٖ نَّيۡلًا إِلَّا كُتِبَ لَهُم بِهِۦ عَمَلٞ صَٰلِحٌ﴾[2].

فهو عام في جميع ما ينالونه، ولما كانت نفوسهم وأموالهم سواء في

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من السياق.

(٢) سورة التوبة، الآية (١٢٠).

استحلالنا إياهم، ثم جاز قتل نفوسهم إذا لم يتمكن من أسرهم؛ كذلك يجوز إتلاف أموالهم التي يتقوون بها.

مَسْألة (١٦):

قال القاضي رحمه الله: لم أجد لمالك نصا في أمان العبد إذا أعطى الأمان للمشرك، ولكن قد قال: أمان المرأة جائز، وكذلك الصبي إن عقل الأمان[١].

وكذلك عندي يجوز أمان العبد؛ لأنه احتج بقول النبي ﷺ: «يجير على المسلمين أدناهم»[٢].

والعبد من أدنانا للرق الذي فيه[٣].

وقال غير[٤] ابن القاسم: لم يجعل ذلك أمرا يكون بيد أدناهم لا مدخل

---

(١) في المدونة (٧٥٧/١): «قلت: أرأيت أمان المرأة والعبد والصبي هل يجوز في قول مالك؟ قال: سمعت مالكا يقول: أمان المرأة جائز، وما سمعته يقوله في العبد والصبي شيئا أقوم بحفظه، وأنا أرى أمانهما جائزا، إلا أنه جاء في الحديث أنه يجير على المسلمين أدناهم؛ إذا كان الصبي يعقل الأمان». قلت: وظاهر هذا أن قوله: «وكذلك الصبي إذا عقل الأمان» من قول ابن القاسم لا من قول مالك.

(٢) رواه بهذا اللفظ أحمد (١٧٠/٢) وابن أبي شيبة (٣٣٩٥٦) وابن المنذر (٢٧١/٦) وغيرهما، من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وإسناده حسن.
وأخرجه أحمد (١٩٧/٤) من حديث عمرو بن العاص، وإسناده ضعيف.
وأخرجه برقم (٣٦٥/٢) من حديث أبي هريرة. وله شواهد سيأتي بعضها.

(٣) انظر التفريع (٢٥٧/١) الكافي (٢٠٩) الإشراف (٤٤٣/٤) بداية المجتهد (٤١٥/٣ ـ ٤١٩).

(٤) في عيون المجالس: «وقال ابن القاسم»، وهو الصواب.

للإمام فيه، ولكن الإمام ينظر فيما فعل بالاجتهاد(١).

وقال الشافعي: يجوز أمان العبد(٢)، ولا يجوز أمان الصبي؛ لأنه ممن لا يصح عقوده، فإن فعل؛ رد المشرك إلى مأمنه، ولم يخفر أمانه لأنه دخل على أمان(٣).

وقال أبو حنيفة: لا يجوز أمان العبد إلا أن يكون سيده أذن له في القتال(٤).

والدليل على جواز أمان العبد والصبي إذا عقل الأمان؛ ما روي أن النبي ﷺ قال: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، يسعى بذمتهم أدناهم»(٥).

والعبد والصبي من أدناهم.

---

(١) وهو قول ابن الماجشون وسحنون. انظر بداية المجتهد (٣/٤١٥).

(٢) الأوسط (٦/٢٧٢ ـ ٢٧٥) روضة الطالبين (١٠/٢٧٩) وبه قال أحمد بن حنبل كما في المغني (١٢/٥٧٢ ـ ٥٧٤) وإليه ذهب محمد بن الحسن، وأبو يوسف في رواية كما في الهداية (٥/٤٥٢ ـ ٤٥٣).

(٣) «والسبب في اختلافهم معارضة العموم للقياس، أما العموم؛ فقوله ﷺ: «المسلمون تتكافأ دماؤهم، ويسعى بذمتهم أدناهم، وهم يد على من سواهم»، فهذا يوجب أمان العبد بعمومه، وأما القياس المعارض له؛ فهو أن الأمان من شرطه الكمال، والعبد ناقص بالعبودية، فوجب أن يكون للعبودية تأثير في إسقاطه، قياسا على تأثيرها في إسقاط كثير من الأحكام الشرعية، وأن يخصص ذلك العموم بهذا القياس». بداية المجتهد (٣/٤١٦ ـ ٤١٧).

(٤) التجريد (١٢/٦١٧٠ ـ ٦١٧٥) الهداية مع شرح فتح القدير (٥/٤٥٢ ـ ٤٥٥).

(٥) أخرجه بهذا اللفظ أبو داود (٢٧٥١) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده، وأخرجه ابن ماجه (٢٦٧٣) من حديث ابن عباس، وأحمد (١/١١٩) من حديث علي، والدارقطني (٣/١٣١) من حديث عائشة. وهذه الأحاديث وإن كان في بعضها ضعف؛ فهي صحيحة بمجموعها.

وروى عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو؛ أن رسول الله ﷺ قال: «يجير على المسلمين أدناهم، ويرد عليهم أقصاهم»(١).

وهذا الخبر أعم من الأول (٩٨)، فهو عموم في إجازة العبد، سواء أذن له سيده في القتال أم لا، وكذلك في الصبي.

وقد روي عن عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ أنه قال: «العبد المسلم رجل من المسلمين، ذمته ذمتهم»(٢).

فهو مساو لهم في كل شيء إلا أن تقوم دلالة، فهو يجير كما يجيرون.

وأيضا فإنه مسلم بفعل الأمان؛ فصح أمانه كالحر، **ولأن كل من صح أمانه إذا أذن له في القتال؛ صح أمانه وإن لم يؤذن له**، دليله الأجير الحر.

فإن قيل: فإن العبد مملوك الرقبة، عقوده لا تصح إلا بإذن مولاه، فإذا أذن له في القتال؛ فقد أذن له في عقد ما يتعلق بالقتال وتركه.

قيل: لم يجعل الأمان إلا لحرمة الإسلام، فهو كالموت المتطوع بها، لا يحتاج فيها إلى إذن أحد، إذ لم يكن فيها ضرر على المولى، ألا ترى أن العبد لو أمر بمعروف أو نهى عن منكر وأحيا نفسا من القتل بأن دفع عن مسلم أو ذمي؛ لم يحتج فيه إلى إذن السيد، كذلك إذا أمّن مشركا وأحيا نفسه؛ لم يحتج إلى إذن سيده فيه، كالحر المؤاجر، وكالمرأة ذات الزوج، وكذلك الصبي إذا عقل الأمان لا يحتاج إلى إذن وليه في إعطاء الأمان،

---

(١) تقدم تخريجه (١٧٣/٥).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٩٤٠٢) وابن أبي شيبة في المصنف (٣٣٩٥٠) وسعيد بن منصور (٢٣٣/٢) وابن المنذر في الأوسط (٢٧٢/٦ ـ ٢٧٣).

ولا هذا من العقود التي عليه فيها ضرر، وإنما هذا مما قد اختص به من له حرمة الإسلام، فجعل لأدناهم كما جعل لأعلاهم.

وعلى أن العبد والصبي في هذا أحسن حالا من المرأة؛ لأنها ليست من جنس من يقاتل على وجه، وقد جاز أن تعطي الأمان، فكذلك العبد والصبي.

فإن قيل: فإن قوله ﷺ: «تتكافأ دماؤهم»[1].

والعبد ليس بكاف دمه دم الحر.

قيل: عندكم أن الحر يقتل بالعبد، ودم العبد يكافئ دم عبد مثله.

فإن قيل: (٩٩) [ ][2] ليست المرأة من أدنانا؛ لأنها في القصاص [والحدود مثل][3] الرجل.

وأيضا فإنه قال: «يسعى» وهو لفظ مذكر [ ][4] فأمن عبده مشركا، فقيل لأبي موسى فقال: لا أرى له شيئا حتى أسأل عمر، فسأله فقال عمر: «أمان العبد أمان»[5].

ولم يقل: إذا أذن له سيده، ولم يخالف.

وقول الشافعي: إن الصبي لا تصح عقوده؛ فإننا نقول: أمانه تطوع، وهو ممن يصح منه التطوع، ويفرض له سهمه إذا قاتل، وبالله التوفيق.

---

(١) تقدم تخريجه (٥/١٧٣).

(٢) طمس بمقدار ثلاث كلمات.

(٣) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

(٤) طمس بمقدار ثلاث كلمات.

(٥) رواه بنحوه سعيد بن منصور في سننه (٢٦٠٨) قال في التنقيح (٤/٥٩٥): «وفيه فضيل بن زيد الرقاشي: وثقه ابن معين».

مَسْأَلَة (١٧):

ويجوز للإمام أن يمن على الأسارى الذين في يده من الكفار، فيطلقهم بغير شيء، وله أن يفادي بهم على مال وعلى من في أيديهم من المسلمين[(١)].

فأما قتلهم واسترقاقهم وإطلاقهم على أداء الجزية ويكونون أحرارا؛ فلا أعلم فيه خلافا.

والخلاف في المن والفداء، فقال الشافعي والأوزاعي وأحمد وأبو ثور مثل قولنا: إنه يجوز[(٢)].

وقال أبو يوسف ومحمد: هو بالخيار بين القتل، والاسترقاق، والمفاداة بالمسلمين وبالأموال، وليس له أن يمن.

وقال أبو حنيفة: ليس له المفاداة ولا المن[(٣)].

فهو أعم خلافا، والكلام معه يشتمل على غيره ممن خالف.

والدليل لقولنا الكتاب والسنة.

فأما الكتاب؛ فقوله تعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ حَتَّىٰٓ إِذَآ أَثْخَنتُمُوهُمْ فَشُدُّواْ ٱلْوَثَاقَ فَإِمَّا مَنَّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً حَتَّىٰ تَضَعَ ٱلْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾[(٤)].

---

(١) انظر التفريع (٢٥٢/١) الإشراف (٤١٥/٤ ـ ٤١٧) المعونة (٤٥٧/١) بداية المجتهد (٤١٢/٣).

(٢) الأوسط (٢٢٢/٦ ـ ٢٢٥) المغني (٥٤٠/١٢ ـ ٥٤٤) الجهاد والقتال في السياسة الشرعية (١٥٣٧/٣ ـ ١٥٤٤).

(٣) التجريد (٤١٣٥/٧ ـ ٤١٤٠) بدائع الصنائع (٤٧٢/٩ ـ ٤٧٥) الهداية مع شرح فتح القدير (٤٦٠/٥ ـ ٤٦٢).

(٤) سورة محمد، الآية (٤).

فأمر تعالى بضرب الرقاب، حتى إذا أثخناهم شددنا الوثاق، وهذا عند أسرهم، ثم خيَّرنا في المنّ عليهم أو الفداء، وهذا نص في جواز المن والفداء.

فإن قيل: فإن هذه الآية منسوخة بقوله تعالى: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلۡأَشۡهُرُ ٱلۡحُرُمُ﴾[1] في سورة براءة، وهي آخر ما أنزل من السور، وقوله: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ فَضَرۡبَ ٱلرِّقَابِ﴾ في سورة محمد ﷺ، والمتأخر ينسخ المتقدم[2].

والوجه الآخر: ما روي عن ابن عباس أنه قال: «قوله ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ﴾ منسوخة بقوله: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلۡأَشۡهُرُ ٱلۡحُرُمُ فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾[3]».

قيل: قولكم: «إن قوله: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلۡأَشۡهُرُ ٱلۡحُرُمُ﴾ متأخر»؛ عنه جوابان:

أحدهما: أننا لا نسلم ذلك، وذلك أنه لا خلاف بين أهل العلم أن رسول الله ﷺ بعث عتاب بن أسيد سنة ثمان للحج بالناس[4]، وبعث أبا بكر سنة تسع ليحج بالناس، ثم أردفه بعلي - رضي الله عنهما - ومعه سورة براءة ليقرأها على الناس في الموسم[5]، ونحن نعلم لا محالة أن رسول الله ﷺ كان

(١) سورة التوبة، الآية (٥).

(٢) ولم يختلف أهل التفسير ونقلة الآثار أن سورة براءة بعد سورة محمد ﷺ، فوجب أن يكون الحكم المذكور فيها ناسخا للفداء المذكور في غيرها. أحكام القرآن للجصاص (٣/٥٢١).

(٣) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٥/٢١٠) وابن جرير في تفسيره (٩/٧٤٣٦) والقول بالنسخ رواه ابن جرير عن ابن جريج والسدي وقتادة والضحاك. ورواه عبد الرزاق في المصنف (٥/٢١١) عن مجاهد والضحاك والسدي.

(٤) انظر تفسير ابن كثير (٣/٣٥٧) وفتح الباري (١٠/٢٦٠).

(٥) أخرجه البخاري (٤٦٥٥) ومسلم (١٣٤٧/٤٣٥).

الوحي ينزل عليه إلى أن مات، فإذا كان الوحي ينزل عليه بالقرآن في سنة عشر وتمامها إلى أن قبض ﷺ، وكانت سورة براءة قد نزلت عليه لأنه ﷺ حج سنة عشر، فلما رجع من حجه خرج إلى تبوك، ثم رجع ومات ﷺ، فإذا كان القرآن ينزل عليه في تمام سنة عشر؛ فيجوز أن يكون قوله تعالى: ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُواْ فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ﴾ متأخر أنزل في سنة عشر أو في آخر سنة تسع، فإذا جاز ذلك ولم يعلم حقيقته؛ لم نحمله على النسخ.

والجواب الثاني: أننا لو سلمنا أنها متأخرة عما ذكرناه؛ لم يجز أن تكون منسوخة من ثلاثة أوجه:

أحدهما: أن النسخ إنما يصار إليه مع تنافي الاستعمال، وهو هاهنا ممكن[1].

والثاني: هو أن حكم الأسير واحد؛ لأنه قال تعالى: ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ وَخُذُوهُمْ وَٱحْصُرُوهُمْ﴾[2].

والله تعالى لم يأمر بمجرد القتل، وإنما أمر بالقتل والأخذ والحصر، والأخذ هو الأسر، كما أنه تعالى أمر بضرب (١٠١) رقابهم وإثخانهم، ثم بيّن حكم المأخوذ والمأسور بقوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾.

وإنما كان يكون الأمر كما قالوا أن لو قال تعالى: ﴿فَٱقْتُلُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾ ثم سكت عن الباقي، ولم يقل: ﴿وَخُذُوهُمْ وَٱحْصُرُوهُمْ﴾.

والجواب الثالث: ـ وهو أشدها ـ هو أن النسخ إنما يجوز في شيء

(١) ورجحه ابن جرير في تفسيره (٧٤٣٧/٩).
(٢) سورة التوبة، الآية (٥).

يتوهم دوامه [   ][1] مثل أن يكون الأمر مطلقا كقوله: ﴿اقْتُلُوا ٱلْمُشْرِكِينَ﴾.

فأما إذا كان الأمر محدودا بحد ومعلقا بشرط إلى نهاية؛ لم يصح النسخ فيه؛ لأنه يكون بداء[2]، والبداء على الله لا يجوز، والمن والفداء محدودان بحد ونهاية إلى أن تضع الحرب أوزارها، قال ابن جرير: قال مجاهد: معنى قوله: ﴿حَتَّىٰ تَضَعَ ٱلْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾، أي تصير الملل كلها ملة واحدة ملة الإسلام، وهو أن ينزل عيسى بن مريم عليه السلام[3].

وقد حكى غيره أنه قال: «معنى قوله ﴿حَتَّىٰ تَضَعَ ٱلْحَرْبُ أَوْزَارَهَا﴾ أي حتى

(١) كلمة لم أتبينها.

(٢) أي أن الله بدا له الأمر بعد أن لم يكن يعلمه، والقول بالبداء من عقائد غلاة القدرية، وكان ظهورهم في عهد الصحابة، وأخرج مسلم (١/٧) عن يحيى بن يعمر قال: كان أول من قال في القدر بالبصرة معبد الجهني، فانطلقت أنا وحميد بن عبد الرحمن الحميري حاجين أو معتمرين، فقلنا: لو لقينا أحدا من أصحاب رسول الله ﷺ فسألناه عما يقول هؤلاء في القدر، فوُفق لنا عبد الله بن عمر بن الخطاب داخلا المسجد، فاكتنفته أنا وصاحبي، أحدنا عن يمينه والآخر عن شماله، فظننت أن صاحبي سيكل الكلام إلي، فقلت: أبا عبد الرحمن! إنه قد ظهر قِبلنا ناس يقرؤون القرآن ويتقفرون العلم، وذكر من شأنهم، وأنهم يزعمون أن لا قدر، وأن الأمر أُنف، قال: فإذا لقيت أولئك؛ فأخبرهم أني بريء منهم، وأنهم برآء مني، والذي يحلف به عبد الله بن عمر لو أن لأحدهم مثل أحد ذهبا فأنفقه؛ ما قبل الله منه حتى يؤمن بالقدر.. ثم ساق حديث جبريل المشهور. وقد ذكر النووي وغيره أن هذا الصنف من القدرية انقرض. انظر شرح مسلم له (١/١٣٧).

(٣) تفسير ابن جرير (٩/٧٤٣٧ ـ ٧٤٣٧) وتمامه: «فيسلم كل يهودي ونصراني وصاحب ملة، وتأمن الشاة من الذئب، ولا تقرض فأرة جرابا، وتذهب العداوة من الأشياء كلها، ذلك ظهور الإسلام على الدين كله، وينعم الرجل المسلم حتى تقطر رجله دما إذا وضعها».
وقال ابن العربي: «ومن ذكر نزول عيسى ابن مريم؛ فإنما هو لأجل ما روي أنه إذا نزل لا يبقى مشرك من أهل الكتاب ولا جزية». أحكام القرآن (٤/١٣٣).

لا يبقى مشرك[1]، قال: والحرب هو عبارة عن الشرك».

وما فسر أحد غير هذين التفسيرين، فإذا كان كذلك؛ سقط ما ذكروه من هذا الوجه.

وأما قولهم: «إن ابن عباس ـ رضي الله عنه ـ ذكر أن هذه الآية منسوخة بقوله ﴿فَإِذَا ٱنسَلَخَ ٱلْأَشْهُرُ ٱلْحُرُمُ﴾»[2]؛ **فإننا نقول:** قد روي عنه أنه قال: «قوله ﴿فَإِذَا لَقِيتُمُ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ فَضَرْبَ ٱلرِّقَابِ﴾ إلى آخره غير منسوخ»[3].

وروي عن ابن عمر مثل هذا، وذلك أنه روي أن الحجاج بن يوسف أسر قوما من الكفار وقتلهم، فقال ابن عمر: ليس بهذا أمرنا، قال تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾[4].

وهذا منه يدل على أنها غير منسوخة، وأن المن والفداء ثابتان؛ لأنه أطلق جوازهما [ ][5] لا تكون حجة على صحابي مثله، فكيف وقد مضى عن ابن عباس أنها غير منسوخة فينبغي أن (١٠٢) [ ][6] الحكم لما ذكرناه في ذلك.

---

(١) نقله ابن جرير (٩/٧٤٣٧) عن قتادة من طريقين. وقال الجصاص: «فكان معنى الآية على هذا التأويل إيجاب القتال إلى أن لا يبقى من يقاتل». أحكام القرآن (٣/٥٢١ ـ ٥٢٣).

(٢) تقدم تخريجه (٥/١٨٩).

(٣) أخرج نحوه عبد الرزاق في المصنف (٩٤٠٤) عن ابن عباس.
ونقل الحافظ في الفتح (٧/٥٧٦) عن الضحاك أن قوله تعالى: ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾ ناسخ لقوله تعالى: ﴿فَٱقْتُلُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾». ونُقل أيضا عن الحسن والسدي وعطاء والشعبي. انظر التوضيح لابن الملقن (١٧/١٩٥) وأحكام القرآن لابن العربي (٤/١٣١)
قلت: وهذا كله يرد قول الجصاص المتقدم.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (٣٣٧٢٢) وابن جرير في تفسيره (٩/٧٤٣٦).

(٥) طمس بمقدار كلمتين.

(٦) طمس بمقدار كلمتين.

والدليل لنا من طريق الأثر؛ حديث أبي عزة الجمحي، وذلك أنه روي أن أبا عزة الجمحي وقع في الأسر ببدر، فأراد ﷺ قتله فقال: لا تقتلني فإني ذو عيلة، فأطلقه على أن لا يرجع إلى القتال، فلما رجع إلى مكة قال: سخرت بمحمد، ورجع إلى القتال، فأخذ بدعاء النبي ﷺ بأن لا يفلت، فلم يفلت ووقع، فلما أراد ﷺ قتله قال: لا تقتلني فإني ذو عيلة، فقال ﷺ: «لا يلسع المؤمن من جحر مرتين، أخليتك لتأتي نادي قريش وتقول: سخرت بمحمد، وقتله بيده»(١).

فالدلالة منه أنه ﷺ أطلقه في المرة الأولى ومنّ عليه بغير شيء.

وقد روى الزهري، عن محمد بن جبير بن مطعم، عن أبيه جبير بن مطعم: أن رسول الله ﷺ قال في أسارى بدر: «لو كان مطعم بن عدي حيا فكلمني في هؤلاء؛ لأطلقتهم»(٢).

---

(١) أخرجه البيهقي (٦/٥٢٠) وقال عقبه: «هذا إسناد ضعيف، وهو مشهور عند أهل المغازي». وأخرج البخاري (٦١٣٣) ومسلم (٦٣/٢٩٩٧) منه قوله: «لا يلدغ المؤمن من جحر مرتين». واللسغ واللدغ سواء، والجحر ثقب الحية، وهو استعارة هاهنا، أي: لا يدهى المؤمن من جهة واحدة مرتين؛ فإنه بالأولى يَعتبر. انظر النهاية (٧٣٤).
وقال الخطابي: «يروى بالوجهين من الإعراب: **أحدهما**: بضم الغين على مذهب الخبر، ومعناه أن المؤمن الممدوح هو الكيس الحازم الذي لا يؤتى من ناحية الغفلة، فيخدع مرة بعد أخرى وهو لا يفطن بذلك ولا يشعر به.
وقيل: إنه أراد به الخداع في أمر الآخرة دون أمر الدنيا.
والوجه الآخر: أن تكون الرواية بكسر الغين على مذهب النهي، يقول: لا يخدعن المؤمن ولا يؤتين من ناحية الغفلة فيقع في مكروه أو شر وهو لا يشعر، وليكن متيقظا حذرا، وهذا قد يصلح أن يكون في أمر الدنيا والآخرة معا، والله أعلم». معالم السنن (٤/١١٠ ـ ١١١).

(٢) أخرجه البخاري (٤٠٢٤).

فأطلق ﷺ، وأخبر أن مطعم بن عدي لو شفع في أمر هؤلاء القتلى؛ لأطلقهم، فدل على أن المنّ عليهم بإطلاقهم جائز، إذ لا يجوز في صفته ﷺ أن يخبر عن شيء لو وقع لفعله وهو غير جائز.

ولنا أيضا ما رواه أبو سعيد المقبري عن أبي هريرة أن رسول الله ﷺ بعث سرية قِبل نجد، فأسرت رجلا من بني حنيفة يقال له ثمامة بن أثال سيد أهل اليمامة، فحملوه وشدوه على سارية، فسئل رسول الله ﷺ إطلاقه وإعتاقه فأطلقه[1].

وهذه الأخبار تدل على جواز المن وهو التخلية بلا شيء، وكذلك روي أنه ﷺ منّ على قوم جويرية بنت الحارث كلهم من أجلها[2].

وقد منّ ﷺ على المطلب بن حنطب المخزومي، وكان محتاجا فلم يعد، فمنّ عليه[3].

ومنّ على ثمامة بن أثال الحنفي[4]، وعلى جماعة كثيرة.

وأقوى (١٠٣) ما في الباب ما قد اتفقنا عليه مع أبي حنيفة أن مكة فتحت عنوة[5]، وأن النبي ﷺ منّ عليهم.

فأما الدلالة على جواز المفاداة؛ فقد ذكرنا قوله تعالى: ﴿وَإِمَّا فِدَآءً﴾، وتكلمنا عليه.

---

(١) أخرجه البخاري (٤٣٧٢) ومسلم (٥٩/١٧٦٤) وفيه قصة طويلة.
(٢) أخرجه أبو داود (٣٩٣١) وأحمد (٢٧٧/٦) وصححه الحاكم (٣١/٤ ـ ٣٢).
(٣) ذكره البيهقي في الكبرى (٥٢٠/٦) نقلا عن ابن إسحاق.
(٤) هو الحديث الأول المتقدم قبل قليل.
(٥) انظر ما تقدم حول هذا بتفصيل (١٣١/٥).

وأيضا ما رواه عبيد الله بن عمر، عن نافع، عن ابن عمر «أن رسول الله ﷺ استشار أصحابه في الأسارى يوم بدر، فاستشار أبا بكر رضي الله عنه فقال: نأخذ منهم الفداء، واستشار عمر رضي الله عنه فقال: نقتلهم، فقال قائل: قوم قصدوا النبي عليه السلام وهدم الإسلام وأبو بكر أمر بإطلاقهم والفداء، وقال قائل: لو كان أبو عمر أو أخوه فيهم؛ لما أمر بقتلهم، ففدا رسول الله ﷺ»(١).

وقد روى عكرمة عن ابن عباس قال: «كان فداء كل رجل من أسارى بدر أربعة آلاف درهم»(٢).

وروت عائشة - رضي الله عنها - أن أهل مكة لما بعثوا بفداء أساراهم بعثت زينب بنت رسول الله ﷺ بفداء أبي العاص زوجها قلادة لها كانت عند خديجة حيث أدخلت على أبي العاص بها، فلما رأى رسول الله ﷺ القلادة رق لها

---

(١) أخرجه من هذا الطريق ابن المنذر في الأوسط (٢٣٦/٦ - ٢٣٧).
وأخرجه مسلم (٥٧/١٧٦٣) من طريق سماك الحنفي قال: سمعت ابن عباس يقول: حدثني عمر بن الخطاب بنحوه.
وأخرجه الحاكم (٤١٥/٢ - ٤١٦) من طريق إبراهيم بن مهاجر عن ابن عمر بنحوه. وصححه ووافقه الذهبي، لكن فيه إبراهيم بن مهاجر قال فيه الحافظ في التقريب (٩٤): «صدوق لين الحفظ».

(٢) أخرجه من هذا الطريق ابن المنذر في الأوسط (٢٣٣/٦)
وأخرجه بهذا اللفظ ابن المنذر أيضا (٢٢٥/٦) عن أبي الشعثاء عن ابن عباس، وأخرجه من نفس الطريق أبو داود (٢٦٩١) والبيهقي (٥٢٣/٦) بلفظ: «أربعمائة»، وصححه الحاكم (١٥٧/٢) ووافقه الذهبي، وأعله ابن القطان بأن قال: «من أبو العنبس، ولا يعرف اسمه ولا حاله».
قلت: قال فيه الحافظ في التقريب (٦٦٢): «مقبول»، يعني عند المتابعة، وقد خالفه من هو أوثق منه في ذكر العدد، أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٩٣٩٤) عن مقسم عن ابن عباس لكن بلفظ: «أربعة آلاف». وفداء أسرى بدر بالمال له شواهد كثيرة ذكر المصنف بعضها.

رقة شديدة، وقال: إن رأيتم أن تطلقوا لها وتردوا عليها مالها، فقالوا: نعم، وفعلوا ذلك[1].

ففي هذا دليل على جواز الفداء، ودليل على جواز المن وإطلاق بغير شيء.

وأيضا فقد روى عمران بن حصين أن رسول الله ﷺ بعث سرية فأسروا رجلا من عقيل، فأوثقوه وشدوه في الحرة، فمر رسول الله ﷺ به فقال: يا محمد! فيم أخذت؟ وفيم أخذت سابقة الحجاج يعني حمله؟ فقال عليه السلام: أخذت بجريرة[2] حلفائك من ثقيف، وكانوا قد أسروا رجلين من أصحاب رسول الله ﷺ (١٠٤) فقال: إني ظمآن فاسقني، وإني جائع فأطعمني، وإني مسلم، فقال عليه السلام: لو تكلمت به قبل هذا؛ لأفلحت كل الفلاح، ثم فداه برجلين، وأخذ ناقته»[3].

فدل على جواز الفداء، وقد فدى رسول الله ﷺ العباس وعقيلا ونوفلا كل رجل بأربع مائة دينار، وفدى العباس حليفه فأنزل الله تعالى: ﴿قُل لِّمَن فِيٓ أَيۡدِيكُم مِّنَ ٱلۡأَسۡرَىٰٓ﴾[4] إلى آخرها.

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٦٩٢) والحاكم في المستدرك (٣١/٣) وصححه على شرط مسلم ووافقه الذهبي، وقال ابن الملقن في البدر (١١٧/٩): «إسناده حسن».

(٢) «الجريرة: الجناية والذنب، وذلك أنه كان بين رسول الله ﷺ وبني ثقيف موادعة، فلما نقضوها ولم ينكر عليهم بنو عقيل، وكانوا معهم في العهد؛ صاروا مثلهم في نقض العهد، فأخذه بجريرتهم. وقيل: معناه: أخذت لتدفع بك جريرة حلفائك من ثقيف، ويدل عليه أنه فدي بعد بالرجلين اللذين أسَرتهما ثقيف من المسلمين». النهاية (١٤٧).

(٣) أخرجه مسلم (٧/١٦٤١).

(٤) سورة الأنفال، الآية (٧٠).

قال العباس: أعطاني الله مكان العشرين أوقية عشرين عبدا، كلهم في يده مال(١).

فإن استدلوا بقوله تعالى: ﴿وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ ثَقِفْتُمُوهُمْ﴾(٢)، وأنه عام لم يذكر فيه منّ ولا فداء.

قيل: قد تكلمنا على هذا، وخصصناه بقوله تعالى ﴿فَإِمَّا مَنًّۢا بَعْدُ وَإِمَّا فِدَآءً﴾.

فإن قيل: لما لم يجز بيع السلاح منهم لأن فيه تقويتهم على المسلمين؛ كذلك أيضا لا يجوز تخليتهم على سبيل المن والفداء؛ لأنه يكون معاونة على الإسلام.

قيل: هذا غلط؛ لأنه يكون ضعيفا أيضا، والأسير من المسلمين قد يكون قويا، وللمسلمين في أعينهم من الهيبة والخوف ما ليس للكافرين في نفوس المسلمين، ألا ترى أن الله تعالى جعل بإزاء كل مائة من المسلمين مائتين من الكفار بقوله تعالى: ﴿ٱلْـَٔـٰنَ خَفَّفَ ٱللَّهُ عَنكُمْ وَعَلِمَ أَنَّ فِيكُمْ ضَعْفًا ۚ فَإِن يَكُن مِّنكُم مِّا۟ئَةٌ صَابِرَةٌ يَغْلِبُوا۟ مِا۟ئَتَيْنِ﴾(٣).

وقال في الكفار: ﴿وَقَذَفَ فِى قُلُوبِهِمُ ٱلرُّعْبَ﴾(٤).

---

(١) أخرجه الحاكم (٣/٤٠٢ ـ ٤٠٣) والبيهقي (٥٢٣ ـ ٥٢٤) وصححه الحاكم على شرط مسلم ووافقه الذهبي.
وأخرجه البخاري (٣٠٤٩) عن أنس أن النبي ﷺ أتي بمال من البحرين، فجاءه العباس فقال: «يا رسول الله! أعطني فإني فاديت نفسي، وفاديت عقيلا، فقال: خذ، فأعطاه في ثوبه».

(٢) سورة النساء، الآية (٩١).

(٣) سورة الأنفال، الآية (٦٦).

(٤) سورة الحشر، الآية (٢).

فإذا فدا المشرك بمسلم؛ فقد أعان المسلمين على المشركين.

فإن قيل: فالفداء بالمال يحصل منه ما ذكرناه.

قيل: الجواب عن هذا من وجهين:

أحدهما: أن المال يتقوى به المسلمون أكثر مما يتقوى الكفار بكافر يطلق لهم.

والوجه الآخر: هو أنه يجوز ذلك إذا اجتهد (١٠٥) الإمام، وعلم أن فيه مصلحة لا مفسدة، فإن علم أن فيه مفسدة؛ لم يجز.

وجواب آخر: وهو أن الذي ذكروه باطل ليس من حيث كان المن والفداء مما يتضمنان المعاونة على المسلمين؛ مما يدل على أنه لا يجوز للإمام فعله، ألا ترى أن بالاسترقاق قد يوجد هذا المعنى لأنه يحصل عبدا في أيدي المسلمين فيتجسس ويتحسس ويعرف الأخبار، فإذا حضر المضاف؛ أفلت إليهم وكاتبهم، ومع هذا فقد جاز الاسترقاق بلا خلاف.

وعلى أنه لو لم يجز الفداء؛ لأدى إلى أن يمتنعوا من الفداء على ما في أيديهم من المسلمين، فكان دخول الضرر على المسلمين بهذا أعظم، والله الموفق.

فأما الآلة والسلاح؛ فإنما لم يجز أن نبيعهم إياه لأن في ذلك تقويتهم لا محالة، ولا يؤدي ترك ذلك إلى أن لا يفادونا بما في أيديهم، فليس في بيعهم إياه مصلحة للمسلمين على وجه.

فإن قيل: فإن تقويتهم بالرجال إذا أطلقوا أشد من تقويتهم بالسلاح.

قيل: هذا غلط؛ لأن بيعهم السلاح لا منفعة للمسلمين فيه على وجه، وقد بينا المنفعة في الفداء بالرجال، وأنه يؤدي إلى أن يفادونا بمن في أيديهم من المسلمين الذين لهم هيبة في أعينهم، وبهم يكثر جيش المسلمين، وهيبة الرجال في أعينهم بلا سلاح أكثر من هيبة السلاح بلا رجال.

فإن قيل: فإن المشرك إذا وقع في أيدي المسلمين؛ فإنه يكون قد عرف عادتهم وأفعالهم، فلو جوزنا تخليتهم؛ لأدى إلى أنهم يرجعون إلى القتال طمعا في أنهم إذا أُسروا خُلُّوا، فوجب قتلهم حتى يهابوا فلا يقدمون على القتال.

قيل: عن هذا أجوبة:

أحدها: أنه (١٠٦) يؤدي إلى أن لا يفادونا بمن في أيديهم من المسلمين لهذا.

وجواب آخر: وهو أنهم لم [ ][١] ما يقولون خوف القتال إذا وقعوا في الأسر فإنهم لا يتركون القتال وهم يتدينون به، فلو كان ما ذكرتم؛ لأدى إلى أن يقاتلوا قتال مستقبلين، وقتال المستقبل أشد من غيره؛ لأنه يعلم أنه إن وقع فليس غير قتله، وإذا كان في نفسه أنه يجوز إذا أسر أن يأذن له؛ لم تكن نفسه في القتال كذلك.

وجواب آخر: وهو أن المقاتل إنما يقاتل وعنده غلبة ظن الظفر بعدوه أو السلامة منه، فلو قتلنا الأسير؛ لم يمنع ذلك الباقين من القتال.

وعلى أن هذا يسقط بالاسترقاق؛ فإنه قد يسترق فيتجسس ثم يعود إلى

(١) كلمة لم أتبينها.

بلده ثم يرجع إلى القتال، وتطمئن نفسه إلى جواز استرقاقه إذا وقع في الأسر، فيجب أن لا يسترق، فلما جاز استرقاقه مع جواز ما ذكرتموه؛ جاز الفداء مع جواز ذلك.

وقد كان رسول الله ﷺ يفعل ذلك في غزواته، يمن ويفادي إلى أن مات ﷺ، فمن ذلك يوم بدر قتل عقبة بن أبي معيط، والنضر بن الحارث(١)، ثم قدم المدينة فحكم في سائرهم بالمن والفداء.

وكذلك حكم في قريظة وقد نزلوا على حكم سعد(٢)، فمنّ على الزبير بن باطا، كلمه فيه ثابت بن قيس حتى كان الزبير هو الذي اختار لنفسه القتل(٣).

وهكذا في رهط جويرية منّ عليهم وهم بنو المصطلق.

وكذلك فَتَح خيبر فمن عليهم(٤).

وكذلك فتح مكة قتل من قتل ومنّ على الباقين(٥).

ثم كانت هوازن سباهم واستأناهم(٦) أياما حتى قدم وفدهم، فمنّ عليهم كلهم(٧).

وفادى بالمرأة الفزارية التي سباها سلمة بن الأكوع بأسارى من المسلمين

(١) مصنف عبد الرزاق (٥/٢٠٤ ـ ٢٠٥) وسنن البيهقي (٦/٥٢٥ ـ ٥٢٦).
(٢) تقدم تخريجه (٣/٥٠٦).
(٣) أخرجه البيهقي (٩/١١٣ ـ ١١٤).
(٤) انظر سنن البيهقي (٦/٥١٦).
(٥) وقد تقدم ذلك في مسألة فتح مكة.
(٦) أي انتظرهم.
(٧) أخرجه البخاري (٤٣١٧ ـ ٤٣١٩).

كانوا في أيديهم قبل الفتح[١].

وشرح هذا (١٠٧) يطول لكثرته، وهكذا فعل أبو بكر بعده لما ظفر بأهل الردة منّ على عيينة بن حصن، وقرة بن ميسرة، ومنّ على كندة، ولم يذكر أنه منّ على أحد [بحرية][٢].

مَسْألة (١٨):

إذا دخل الحربي إلينا بأمان، فأودع وباع وتملك مالا، ثم قتل في دار الحرب أو مات؛ فإنه يرد ماله وودائعه إلى ورثته، ولا يكون مغنوما.

ولا خلاف أن أمان ماله باق ما دام حيا، والخلاف فيه إذا مات أو قتل، فقلنا: إن أمان ماله باق[٣].

وقال أبو حنيفة: هو غنيمة[٤].

واختلف قول الشافعي؛ فقال مثل قولنا[٥].

وقال: يكون مغنوما للمسلمين كقول أبي حنيفة[٦].

والدليل لقولنا هو أنه قد ثبت أمان ماله، فمن زعم أنه ينتقض بموت صاحبه أو قتله؛ فعليه الدليل.

---

(١) أخرجه مسلم (١٧٥٥/٤٦).
(٢) هكذا بالأصل.
(٣) انظر المدونة (٧٣٥/١) وهو مذهب الحنابلة. انظر المغني (٥٩٠/١٢).
(٤) التجريد (٦١٦٥/١٢) الهداية مع شرح فتح القدير (٢٣/٦ ـ ٢٤).
(٥) وهو الأظهر من مذهبه كما قال النووي في الروضة (٢٩٠/١٠).
(٦) الحاوي الكبير (٢١٧/١٤ ـ ٢٢٠) روضة الطالبين (٢٩٠/١٠).

وأيضا فإنه لما جاز أن يفرد الملك بعقد الأمان دون النفس ؛ جاز أيضا أن يبطل أمان النفس ويبقى أمان الملك ، ألا ترى أن الحربي إذا نفذ إلينا ماله على سبيل الأمان ؛ كان ماله في أمان ونفسه في غير أمان ، وكذلك أيضا تكون نفسه في أمان وماله في غير أمان ، مثل أن يقول: أمنت نفسي دون مالي ، وقد يكون الأمان لنفسه وماله.

وأيضا فإن كل من ملك شيئا إنما يملكه بحقوقه ، ألا ترى أنه إذا كان له دين يرهن فمات ؛ فإن وارثه يرث الدين ويملكه بحق الرهن ، ولا يبطل حكم الرهن به ، فكذلك إذا ثبت له حق الرد بالعيب فإذا مات ورث عنه ورثته ، وملكوه بحقه الذي هو الرد بالعيب ، ولا يبطل ذلك بموت المالك ، وكذلك الشفعة عندنا تورث ، وكذلك أيضا لما ملك هذا المال والمال أمان ؛ وجب أن يملكه ورثته ، ومن حقوقه أنه مال له أمان.

وأيضا فلو جاز أن يقال: إن أمان (١٠٨) ماله ينقض بموته لأن أمانه بطل ؛ لوجب [أن يبطل أمان ماله إذا][١] دخل دار الحرب ؛ لأنه قد بطل أمانه في ذلك الوقت ، فلما لم يجز أن يقال: إن أمان ماله بطل بدخوله دار الحرب ؛ ثبت أنه لا يبطل أصلا.

ويجوز أن نقول: لما لم يبطل أمان ماله ولم يغنم بدخوله دار الحرب [ ][٢] لأنه مال له أمان ؛ كذلك أيضا لا يبطل أمان ماله ولا يغنم ؛ لأنه مال له أمان.

(١) غير واضح بالأصل ، والمثبت من السياق.

(٢) كلمة لم أتبينها.

وأيضا فلو ترك عبده؛ لم يبطل أمانه وهو من ماله، فكذلك سائر أمواله.

فإن قيل: فإنه كان لنفسه أمان ولماله أمان، فلما دخل دار الحرب؛ بطل أمان نفسه، وبقي أمان ماله لأن [الذي أعطي][1] الأمان باق، فإذا مات؛ فقد بطل من بيننا وبينه أمان في نفسه وماله، وقد انتقل المال إلى كافر، ولا أمان له في نفسه ولا في ماله، فوجب أن يؤخذ منه ولا يكون موروثا، كما إذا ظهر الإمام على حي لا أمان له ولا لماله؛ فإنه يأخذ ماله.

قيل: إن ماله لا يبطل بموته كما لا يبطل بدخوله دار الحرب؛ لأن أمان نفسه قد بطل في الموضعين جميعا، حتى إنه إذا عقد الأمان لماله مع علمنا بأن المال يملك وينقل إلى ورثته؛ فكأنه قد أخذ الأمان لماله على هذه الصفة، فيصير ورثته في هذا المال بمنزلة من بعث بماله في أمان وأقام بدار الحرب؛ فإن أمان ماله باق؛ لأن المال قد حصل له أمان لمالكه ومن يقوم مقامه فيه، وقد بينا أنه ينتقل إلى ورثته على ما هو عليه، وموت من عقد الأمان بيننا وبينه لا يبطل أمان ماله، كما أن موت من يجب له خيار العيب والرهن والشفعة لا يبطل ما لحق بماله، وورثته يقومون فيه مقامه على ما بيناه.

وعلى أنه باطل بعد طرحه إلى ورثته وإن كان الذي عقد العقد قد مات.

فإن قيل: فإن (١٠٩) هذه حقوق متعلقة بالمال جلبها الملك، وليس كذلك مسألتنا، ألا ترى أنه إذا عقد الأمان لنفسه؛ كان أمانا لماله، فعلم أنه لم يوجبه الملك، فلم يجز أن ينتقل مع الملك.

قيل: لا فرق بينهما؛ لأن الملك لم يجلب ذلك، وإنما فعله جلبه،

(١) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

وهو أخذه الرهن على الدين، وكذلك شرطه الخيار وابتياعه ما فيه العيب، والأصل فيه كونه ممن يملك ملكا صحيحا، وله ذمة الإسلام أو ذمة الأمان، فإذا كانت ذمة الإسلام توجب له ولورثته ما تعلق بماله من الحقوق؛ فأخذه الأمان على نفسه وماله، أو على ما يوجب له الأمان على ماله، فإذا انتقل إلى ورثته؛ انتقل بما يتعلق عليه، وإن مات هو كما يموت المسلم؛ فلا يبطل بموته ما تعلق بملكه من الحقوق، وإن انتقل الملك إلى من لم يكن مالكه ولا فعل فيه فعلا؛ تعلقت تلك الحقوق.

ونقول أيضا: لو اشترط رده إلى ورثته؛ لزم رده، فكذلك إذا لم يشترط؛ لأنه مال له أمان، فإطلاقه يقتضي ما يقتضيه الشرط.

وأيضا فإن الأمان إذا تضمن شيئين فبطل في أحدهما؛ لم يبطل في الآخر، ألا ترى أنه إذا بطل أمانه؛ لم يبطل أمان أهله، ولو أخرج ماله وبقي هو في دار الإسلام؛ بطل أمان ماله، ولم يبطل أمانه في نفسه، فكذلك إذا بطل أمان نفسه؛ لم يبطل أمان ماله. والله الموفق.

مسألة (١٩):

إذا سبي الزوجان معا؛ قال مالك في إحدى الروايتين عنه: إنهما على نكاحكما[١].

وكذلك قال ابن القاسم[٢].

(١) وهو مذهب أحمد بن حنبل. انظر المغني (١٢/٦٣٤ ـ ٦٣٦).

(٢) وكذلك قال أشهب. وخالف ابن المواز. انظر الذخيرة (٣/٤١٥).

وإذا سبي أحدهما قبل الآخر؛ فكذلك عند ابن القاسم، وفي الرواية الأخرى عن مالك أن السبي يهدم النكاح، سواء سبيا جميعا، أو أحدهما قبل الآخر[١].

وقال في موضع آخر: إن سبيت قبل الزوج؛ انفسخ (١١٠) النكاح، وحلت لمالكها؛ إذ لا عهد لزوجها[٢].

وهذا يدل على أنه إن سبى الزوج واسترق؛ فقد حصل له عهد، فينبغي إذا سبيت بعده أن تكون معه على نكاحهما؛ لأنه قد حصل له عهد.

وعند الشافعي أنهما إذا سبيا معا؛ انفسخ نكاحهما مثل لو سبي أحدهما قبل صاحبه[٣].

وهو مذهب الثوري أبي ثور[٤].

وعند أبي حنيفة: لا ينفسخ نكاحهما إذا سبي معا، وينفسخ بسبي أحدهما قبل صاحبه[٥].

وهذا كله معناه إذا استرقهم الإمام؛ لأن له أن يمن، أو يقتل الرجال، أو يفادي على ما بيناه، فإذا استرق الرجال ووقع في القسم؛ حصل منه ما

---

(١) وهذا أوضح وأولى بالصواب كما قال ابن عبد البر في الكافي (٢٠٩).

(٢) انظر الكافي (٢٠٩) الإشراف (٤/٤٢٩ ـ ٤٣٠) الذخيرة (٣/٤١٥).

(٣) الحاوي الكبير (١٤/٢٤٠ ـ ٢٤٢) روضة الطالبين (١٠/٢٥٤ ـ ٢٥٥).

(٤) انظر المغني (١٢/٦٣٤ ـ ٦٣٦).

(٥) التجريد (١٢/٦١٧٩ ـ ٦١٧٢) وذهب ابن حزم إلى أنهما على نكاحهما سواء سبيا معا أو سبي أحدهما قبل الآخر. انظر المحلى (٥/٣٧١ ـ ٣٧٢).

ذكرناه من الفرقة والبقاء على النكاح.

والدليل على أن نكاحهما باق إذا سبيا معا ـ وهو مذهب الأوزاعي ـ من وجوه:

أحدهما: ـ وهو عمده ـ هو أننا وجدنا **استدامة النكاح آكد وأثبت من ابتدائه، الذي يدل على ذلك هو أن كل معنى يقطع الاستدامة؛ فإنه يمنع الابتداء كالموت وغيره مثل الرضاع، وليس كل معنى يمنع الابتداء يقطع الاستدامة**، يدل على ذلك أن ابتداء النكاح على المعتدة لا يصح، وقد تعتد وهي زوجة، مثل أن يطلقها طلقة رجعية أو توطأ بشبهة، فإن كان الابتداء أضعف في ثبوته من استدامته؛ [دل][1] أن الرق لا ينفي ابتداءه؛ لأنه يجوز أن يتزوج بأمة فلا ينفي، [فلأن][2] لا يقطع استدامته التي هي آكد وأثبت أولى[3]؛ لأن العبد لو تزوج حرة أو أمة؛ لكان نكاحه صحيحا.

وأيضا فليس في الاسترقاق أكثر من حدوث الملك، فلا يفسخ النكاح، كما لو اشترى عبدا له زوجة فقد حدث للمشتري عليه ملك، ومع هذا فنكاحه ثابت.

وأيضا فإن المرأة تارة تنتقل من الحرية إلى الرق، وهو أن يشتري الحرة الحربية، وتارة تنتقل من الرق إلى الحرية، (١١١) وهو أن تكون أمة فتعتق

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من السياق.

(٢) في الأصل: فلا.

(٣) منتقض بالخلع يمنع من استدامة النكاح ولا يمنع من ابتدائه، وأيضا فإن حدوث الرق لا يتصور في ابتداء العقد، ويتصور في أثنائه، فلم يصح الجمع بين ممكن وممتنع. الحاوي الكبير (٢٤٢/١٤).

وهي زوجة [ ][1]، وقد تقرر أنها إذا انتقلت من الرق إلى الحرية؛ لم ينفسخ نكاحها وهي تحت حر، وتحت عبد يكون لها الخيار، فكذلك إذا انتقلت من الحرية إلى الرق؛ جاز أن لا ينفسخ[2].

وأيضا فقد اتفقنا والشافعي أن النكاح لا يبطل بحدوث الرق؛ لأنه لو تزوج مسلم بحربية ثم سباها المسلمون؛ استرقت، ولم ينفسخ النكاح بينها وبين المسلم بحدوث الرق عليها بعد الحرية، وهذا يدل على صحة قولنا.

وقد اتفقنا أيضا على أن الرجل إذا سبي ومعه ولده الأصاغر؛ فهم على دينه، لم يتغير حكمهم عن دينه، وكانوا تبعا لأبيهم في دينهم، وإن كانت أملاكه عن رقبته وماله زائلة، كذلك أيضا إذا سبيت المرأة مع زوجها؛ لا يتغير حكمها في نكاحهما، كما لم يتغيرا عن دينهما.

وأيضا فإن النبي ﷺ لما سبى هوازن نساءهم وذراريهم، فسألوه فخيرهم بين أحسابهم وأنسابهم، فاختاروا أنسابهم، فرد عليهم زوجاتهم وذراريهم[3].

فلو كان النكاح انفسخ بينهم؛ لم يكن لرد الزوجات عليهم معنى، ولو انفسخ أيضا النكاح بينهم؛ لكان ﷺ يعلمهم ويقول لهم: لا يحل لكم المقام على ذلك النكاح، فأي فائدة في ردهن عليكم، فلما لم يعرفهم هذا؛ علم أن النكاح كان ثابتا[4].

---

(١) كلمة لم أتبينها.

(٢) حدوث الحرية كمال، فلم يؤثر في النكاح، وحدوث الرق نقص، فجاز أن يؤثر في النكاح. الحاوي الكبير (١٤/٢٤٢).

(٣) تقدم تخريجه (٥/١٨٨).

(٤) والجواب هو أنهم كانوا عند ذلك على شركهم، وإنما ظهر إسلام وافدهم، فلم يلزمه بيان=

ولنا أيضا أن نستدل باستصحاب الحال وأنهم على نكاحهم، فمن زعم أنه يفسخ؛ فعليه الدلالة.

فإن قيل: فإن ظاهر الكتاب يدل على صحة قولنا، وهو قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾ إلى أن قال: ﴿وَالْمُحْصَنَاتُ مِنَ النِّسَاءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾[1].

وهذه الآية نزلت في سبي أوطاس، وقد (١١٢) سبي النساء اللاتي لهن أزواج، فسأل المسلمون النبي ﷺ فقالوا: «هل يجوز لنا وطؤهن وإن كان لهن أزواج، فأنزل الله تعالى قوله ما قال، واستثنى منهن ملك اليمين بالسبي»[2].

فظاهره يبيح لنا ما ملكت أيماننا وإن كان لهن أزواج عموما إلا ما خصته الدلالة.

قيل: عن هذا جوابان:

أحدهما: أن الآية إنما نزلت في سبي أوطاس وكن نساء منفردات عن أزواجهن، فنقصرها على سببها إذا فرقنا بين أن يسبى كل واحد منهما منفردا، وبين أن يسبيا معا، فلا يكون في الآية دليل على سبيهما جميعا إذا قصرناها على سببها.

والجواب الآخر: هو أن الآية تفيد ملك الوطء بملك اليمين، والمرأة إذا كان لها زوج؛ فإن الذي حصلت في ملكه لا يملك وطأها بملك اليمين،

= مناكحهم قبل إسلامهم. الحاوي الكبير (١٤/٢٤٢).

(١) سورة النساء، الآية (٢٣ ـ ٢٤).

(٢) أخرجه مسلم (١٤٥٦/٣٣).

وفيه تنازعنا، ومعلوم أن المقصود منه ملك الوطء بدلالة أنه قد يملك من لا يجوز له وطؤها كأخته من الرضاعة، فإذا كانت الآية تفيد كونه مالكا للوطء وهذا الموضع في مسألتنا غير مسلم وفيه تنازعنا؛ لم يجز التعلق به.

فإن قيل: فعلى أي شيء تحملون الآية، وأيش يكون فائدتها.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أننا نخصها فيها إذا سبيت مفردة عن زوجها على إحدى الروايتين.

والجواب الآخر: هو أن يكون معناه: «والمحصنات أي الحرائر محرمات عليكم إلا بملك أيمانكم من العقد عليهن»، ألا تراه قال في الآية: ﴿كِتَـٰبَ ٱللَّهِ عَلَيۡكُمۡۚ وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم [مُّحۡصِنِينَ غَيۡرَ مُسَٰفِحِينَ](١)﴾ أي عفائف، فتقديره: وأحل لكم ما وراء من حرم من ذوات المحارم والأمهات أن تبتغوا بأموالكم، أي الحرائر (١١٣) العفائف.

فإن قيل: حملكم ذلك على الحرائر؛ باطل من ثلاثة أوجه:

أحدها: من طريق النقل أن المراد به الزوجات، وهو ما روى سفيان عن عثمان البتي، عن أبي الخليل، عن أبي سعيد الخدري أنه قال: «لما كان عام أوطاس؛ سبينا سبايا ذات أزواج، فتحرجنا وطأهن، فسألنا رسول الله ﷺ، فأنزل الله تعالى: ﴿وَٱلۡمُحۡصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡ﴾»(٢).

---

(١) في الأصل: محصنات غير مسافحات، وما أثبته هو نص الآية.

(٢) أخرجه من طريق المصنف أحمد (٣/٧٢) وابن جرير (٣/٢٢٢٥). =

فدل على أن المراد بالمحصنات من الزوجات الحرائر.

والوجه الثاني: هو أن الظاهر من قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾ يعني بالرق لا بعقد النكاح.

والوجه الثالث: هو أن حمله على الحرائر لا يفيد، وذلك أن الله تعالى حرم الأمهات، والمراد به تحريم العقد عليهن، كذلك المحصنات يجب أن يكون المراد بتحريمهن تحريم العقد، ووجدنا الحرائر لا يحرم العقد عليهن، فدل على أن المراد به الزوجات اللاتي يحرم بالعقد عليهن.

قيل: الجواب عن الفصل الأول؛ هو أن الآية لما نزلت؛ لم ينقل في الخبر أن النبي ﷺ قال: إنها قد أباحت لكم الوطء، فيجوز أن تكون نزلت في تحريم وطئهن، فيكون تقديرها: «والمحصنات ليس لكم وطؤهن إلا بملك عقد عليهن، أو ملك وطء»، وليس هاهنا عقد عليهن، وملك الوطء فيه تنازعنا، ولم نسلم لكم.

والجواب عن الفصل الثاني: فهو أن الملك للوطء قد يحصل بعقد

= وأخرجه مسلم (١٤٥٦/٣٣) من طريق قتادة عن صالح أبي الخليل، عن أبي علقمة الهاشمي، عن أبي سعيد به. وبه يظهر أن الإسناد الأول فيه انقطاع، وقد ورد كذلك أيضا في صحيح مسلم (١٤٥٦/٣٥) لكن قال النووي: «هكذا هو في جميع نسخ بلادنا، وكذا ذكره أبو علي الغساني عن رواية الجلودي وابن ماهان، قال: وكذلك ذكره أبو مسعود الدمشقي، قال: ووقع في نسخة ابن الحذاء بإثبات أبي علقمة بين أبي الخليل وأبي سعيد، قال الغساني: ولا أدري ما صوابه؟ قال القاضي عياض: قال غير الغساني: إثبات أبي علقمة هو الصواب، قلت: ويحتمل أن إثباته وحذفه كلاهما صواب، ويكون أبو الخليل سمع بالوجهين، فرواه تارة كذا وتارة كذا، وقد سبق في أول الكتاب بيانه قريبا». شرح مسلم (٣١/١٠).

النكاح، ويحصل بشراء الأمة على وجه، فنحمله على هذا بدلالة، كما خصصتم قوله: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾، فلا يجوز لنا وطء أمة يملكها وهي تحت زوج في دار الإسلام.

والجواب عن الفصل الثالث: هو أن قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ (١١٤) بالعقد والملك، ثم قال: ﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ أي الحرائر يحرمن بلا عقد، ولكم أن تملكوا وطأهن بالعقد عليهن، فيستفاد بالآية أكثر مما حملتموه عليها، فكأنه قال تعالى: وحرمت عليكم الحرائر إلا ما ملكت أيمانكم من العقد عليهن.

ولنا أن نجوز قياسا فنقول: قد اتفقنا على أنه لو ابتاع أمة مسلمة لها زوج أو أمة كتابية لها زوج؛ لم يجز له أن يطأها، بعلة أنها أمة ولها زوج، فكذلك إذا حصلا عنده من السبي، وهذه علة تنتظم إذا سبيا معا أو أحدهما قبل الآخر، وإن فرقنا بينهما؛ قلنا: هي أمة زوجها معها في دار الإسلام.

فإن قيل: هي في هذه الحال لا أسلم أن لها زوجا؛ لأن النكاح ينفسخ.

قيل: فلا حجة لكم في الآية إذن؛ لأنه حرم المحصنات ذوات الأزواج، واستثناهن في الملك إذا كان لهن أزواج، فإن لم يكن لهن أزواج وقد انفسخ نكاحهن؛ فليس هؤلاء هم المذكورين في الآية.

على أننا قد دللنا أن نكاحهم لا ينفسخ.

فإن قيل: فقد قال النبي ﷺ في سبايا أوطاس: «لا توطأ حامل حتى

تضع، ولا حائل حتى تحيض»[1].

فدل على جواز وطء الحامل إذا وضعت، والحائل إذا حاضت، سواء كانت ذات زوج أو خالية منه.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه روي أنهن سبين منفردات عن الأزواج، وقد قلنا على إحدى الروايتين: إن هؤلاء يجوز وطؤهن.

والجواب الثاني: إننا نخصه فيمن ليس لها زوج بدلالة، وقد ذكرنا أدلة.

فإن قيل: فإن كل من يزول ملكه عنه بالاسترقاق إذا لم يكن ذلك الشيء معه؛ فإنه يزول ملكه عنه وإن كان ذلك الشيء معه، أصله أمواله.

قيل: أمر أمواله مراعى (١١٥) إذا سبي هو حتى تحصل أمواله في السبي، وقبل ذلك يجوز أن يعود إليه على وجه، والعبد عندنا يملك[2]، وللسيد أن ينتزع ماله، وليس له أن يفرق بينه وبين زوجته.

فإن قيل: فإنه لا خلاف أن الرجل إذا سبي واسترق ولم تكن زوجته معه؛ زال ملكه عنها، وانفسخ نكاحه، كذلك وإن كانت معه، كما لو سبي واسترق ولم يكن ماله معه؛ زال ملكه عنه، فكذلك أيضا يزول ملكه عن ماله وإن كان معه، بل الزوجية أولى ببطلانها وزوال ملكه عنها من أمواله، لأن المال لا ينافيه التحريم بل يلازمه، ألا ترى أنه يشتري أخته من الرضاع ويكون

(١) تقدم تخريجه (١٩٦/٥).

(٢) انظر ما سيأتي في كتاب النكاح (٥٤٣/٥).

الشراء صحيحا، ولا يصح نكاحه عليها.

قيل: أما قولكم: «إنه لا خلاف أنه إذا سبي ولم تكن معه زوجته أن ملكه يزول عنها»؛ فإننا نقول: في هذا أشد الخلاف؛ لأنه على أحد الروايتين لا يزول نكاحه عنها على ما بيناه، وإن فرقنا؛ فإننا نقول: إنهما إذا سبيا جميعا واسترقا؛ حصل لهما عقد أمان وذمة في حال واحدة، فوجب أن يقرا على نكاحها، وإذا افترقا؛ لم يجتمعا في الذمة.

وأما ماله إذا سبي وهو معه؛ فإن صار في القسم مع ماله لسيده؛ فهو مالك لا يزول عنه إلا بنزاعه منه، وإن لم يحصل معه؛ فهو مال للمسلمين، بمنزلة البيع يكون مال العبد المبيع للبائع، فإذا وقع ماله في المقاسم وملكه سيده بالقسم بلا مال؛ فهو كما يشتريه بلا مال، ثم يجوز أن يملك ملكا مستأنفا.

على أن الفرق بين المال والزوجة واضح على مذهبنا في ملك العبد، وذلك أن العبد الذي يملكه سيده [ ][1] هي أمة سيده فإنه إذا باعه؛ زال ملكه عن ماله حتى [ ][2] عبده، ولا يزول [ ][3] ولا يخرج عن يده سواء كانت [ ][4] (١١٦) أمة لسيده، أو لغيره، أو حرة.

وأما قولكم: «إنه يشتري أخته من الرضاعة فيملكها ولا يصح نكاحه عليها»؛ فهذا حجتنا؛ لأنه قد يشتري أمة لها زوج يصح شراؤه إياها، ولا

(١) كلمة لم أتبينها.
(٢) كلمة لم أتبينها.
(٣) كلمة لم أتبينها.
(٤) كلمة لم أتبينها.

يصح نكاحه عليها قبل اشترائه ولا بعده.

على أن الرق عندكم ينافي سائر الأملاك، بدلالة أن العبد متى ابتدأ ملكا في الحال؛ لم يصح، وإذا بقي الرق ابتدأ الملك عندكم؛ جاز أن ينفي البقاء، وليس كذلك النكاح؛ لأن الرق لا ينافيه، ألا ترى أنهما لو ابتدءا عقدا بينهما بعد أن صار في ملك السبايا؛ جاز نكاحهما، فلأن يجوز البقاء أولى.

فإن قيل: فإن حدوث الرق في الزوجية يوجب أن يبطل الزوجية، أصله إذا سبي أحدهما.

قيل: إذا فرقنا بينهما؛ فقد ذكرنا الفرق، وهو أنه إذا سبي أحدهما؛ لم يجتمعا في عقد الذمة والأمان.

فإن قيل: فإن ملكه عن رقبته لما زال بالسبي؛ فزواله عن المنافع أولى.

قيل: هذا غلط؛ لأنه يجوز مع زوال ملكه أن يستأنف عقد نكاح، فكذلك يستديمه، ثم قد بينا على أصولنا في ملك العبد أنه إذا بيع وله مال وزوجة؛ زال انتفاعه بماله، ولم يزل انتفاعه بزوجته، ولا بطل نكاحه.

فإن قيل: فإننا نفرق بين ابتداء الرق وحدوثه، وبين ابتداء الملك؛ لأن ابتداء الملك هو استدامة الرق، فلهذا إذا اشترى أمة لها زوج أو عبدا له زوجة؛ لم ينفسخ؛ لأنه ابتداء ملك واستدامة رق، وفي مسألتنا هو ابتداء رق وحدوثه.

قيل: لا فرق بينهما؛ لأنه ليس في حدوث الرق وابتدائه أكثر من أنه

يصيره في حكم الإرقاق، وحكم الرق لا ينفي ابتداء نكاح ولا استدامته، فابتداؤه برقهما إذا سبيا معا وحصلا له في القسمة؛ هو بمنزلة أن يبتدئ شراءهما وهما (١١٧) زوجان.

فإن قيل: فإن ما حكيتموه عن الشافعي أنه إذا تزوج مسلم بحربية ثم ظهر المسلمون عليها واسترقوها؛ أن نكاحهما [باق][1]، فليس هذا مذهب الشافعي، بل هو منصوص لأنه قال: متى سبينا؛ نفسخ النكاح فيما بينهما؛ لأن النكاح يفسخ بعوارض، فجاز أن يكون هذا من العوارض التي تفسخ النكاح، ومن أصحابنا من قال: لا يفسخ النكاح لأجل حق المسلم، وليس هذا بشيء.

قيل: فالكلام عليكم قد مضى، قلنا: إذا كان الرق لا ينفي النكاح في ابتدائه؛ لم تنفك استدامته، وليس طروء الرق عليها بالسبي في ثبوت النكاح إلا بمنزلة أن يبتدئ نكاحا عليها وهي أمة.

فإن قيل: فإن قولكم: «إذا سبي وولده معه لا يتغير حكمه وحكم ولده، فكذلك في زوجته وإن كان حكمهم يتغير إذا سبي أحدهما منفردا»؛ **فجوابكم** أن نقول: إنما لم يتغير دين الصبي إذا سبي مع أحد أبويه؛ لأن أباه المسبي لم يتغير دينه في السبي، فلم يتغير دين من هو تابع له وهو ذريته، فعلى قود هذا وقياسه يجب أن ينفسخ النكاح إذا سبيت معه؛ لأنه لما تغير حكم ملك نفسه ورقبته وزوال ملكه عن رقبته وأملاكه؛ يجب أيضا أن يزول عن بضع امرأته التي هي تابعة له؛ لأنها ملك من أملاكه.

---

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من السياق.

قيل: هذا غلط فاحش، هو لا يملك أولاده، ولا رقبة نفسه، ولا رقبة زوجته قبل أن تسبى، وهو يملك أمواله، فإذا سبي؛ ملكت رقبته ورقبة أولاده، ورقبة زوجته إذا كانوا معه، كما تملك أمواله إن كانت معه، وإن كان الحكم [بعد ذلك] بمنزلة قبل أن يسبى، فلما كان إذا سبي مع أولاده وزوجته لم يتغير دين أولاده عن دينه؛ فكذلك لا يتغير حكم زوجته [عن حكمه (١١٨) إذ](١) سبي أولاده منفردين عنه [ ](٢) كما لو سبيت زوجته قبله لتغير حكمها، والمعنى فيه أنه لم يكن يملك رقبة ولده ولا رقبة زوجته.

فإن قيل: فإن الذي ذكرتموه من أمر هوازن؛ فإنما رد النبي ﷺ أزواجهم لا لأن النكاح كان باقيا بينهم، ولكن لبقاء الأنساب بينهم، وإنما لم يعرفهم أن نكاحهم انفسخ؛ لأنه عليه السلام لا يلزمه أن يعلم الكفار الشرائع، ولا ينكر عليهم، فإنما يلزمه أن يبين لهم إذا سألوه، فأما إذا لم يسألوه؛ فلا، ألا ترى أنه عليه السلام كان يعرف أن أنكحتهم وأحكامهم كثيرة كلها باطلة، ولم يعرفهم ذلك، فسقط ما ذكرتموه.

قيل: ما ذكرتموه من أنه عليه السلام رد عليهم أزواجهم لبقاء الأنساب بينهم؛ [فإنه باطل؛ لأنهم طلبوا نساءهم، وليس كل نسائهم بينهم [ ](٣)، ومعلوم أن كل واحد منهم لم يطلب أن يرد عليه بعد أن يفوت، وإنما كل واحد منهم طلب أن يرد عليه زوجته وأبويه إن كانا ممن يختص به، فأما زوجته البائن منه؛ فهي كابن عمه ومن بعُد منه بنسب، فلو كانت زوجة كل واحد منهم قد

---

(١) طمس بالأصل، وما أثبته أقرب إلى رسمها.

(٢) طمس بمقدار ثلاث كلمات.

(٣) ممحو بمقدار سطر.

انفسخ نكاحها؛ لكان يقول له: «وما الفائدة في رد من ليست لك بزوجة عليك، وهي كمن بعد نسبه منك»، وهذا موضع تعريفهم ذلك.

وعلى أننا نقول: إن شرائعنا تلزمهم، فينبغي أن يبين لهم خاصة في مثل هذا، وقد سألوه أن يرد عليهم من لا عصمة بينهم وبينه، على زعمكم، وإن كان حكمهم حكم الأموال؛ فينبغي أن لا يردهن عليهم كما لم ترد أموالهم، فلما لم يكن الأمر كذلك؛ علمنا الفرق بينهن وبين (١١٩) الأموال وبين من بعُد نسبه من كل واحد منهم، هذا وجه هذه الرواية.

وإذا قلنا بالرواية التي توافق المخالف؛ فحجتنا ما ذكرناه عن المخالف، وإذا لم ينفرق بين أن يسبى كل واحد منهما منفردا وبين سبيهما معا في أنه إذا سبي الزوج بعدها وهي لم تحض أو سبيت بعده في أنه لا يفسخ نكاحهما؛ فإننا نقول: هما على ما كان عليه قبل السبي، فمن زعم أن النكاح قد انفسخ أو أنهما لا يقران عليه؛ فعليه الدليل.

وأيضا فإن الدين واحد، وإذا حصل الواحد منهما قبل صاحبه واسترق؛ حصلت له الذمة على ما كان على الزوجية، فإذا سبي الآخر بعده؛ فالذمة تقرهما على ما كانا عليه، كما لو كان سبيا معا، وقد فرقنا بينهما وبين الأموال بما فيه كفاية، وقلنا: إن السبي لم يكن يملك رقبة نفسه ولا رقبة زوجته وإن كان يملك أمواله، فإذا سبي؛ ملكت عليه رقبته التي لم يكن يملكها، وملك رقبة زوجته له إذا سبيت بعده، وإن لم يكن هو يملكها؛ فالذمة التي حصلت له قبلها أو لها قبله تقرهما على نكاحهما إذا جمعا في الذمة.

فإن ألزمونا الولد إذا سبي قبل أبيه وأنه يكون على دين السابي، ويتغير

حكمه، ولو سبي مع أبيه؛ لم يتغير حكمه؛ **فكذلك الزوجة؛ فإننا نقول:** قول مالك: إن الولد لا يكون على دين السابي، وأنه على دين أبيه، فقد سقط الإلزام على قول مالك، وقال ابن القاسم: يكون على دين السابي، ولكنه ذكره في المجوس الذين ليس من أهل الكتاب.

على أن الفرق بين الولد والزوجة واضح، وذلك أن الولد تابع لأبيه في الدين، ألا ترى أن عهد أبيه وأمانه عهد للولد، ولو نقض العهد؛ لانتقض عهد
(١٢٠) ولده، وليست الزوجة مع زوجها كذلك [ ][١] العهد لم يكن نقضا لعهدها إن كان لها عهد [ ][٢] لم ينفسخ نكاحها وإن كانت على دينها، فكذلك إذا سبي قبلها وحصل له عهد؛ لم يمتنع أن يقر على زوجته إذا سبيت بعده أو سبي بعدها، اللهم إلا أن يسبى بعدها وقد استبرئت بحيضة؛ فقد حل فرجها لمن هي في يده؛ كما لو وطئها، وهذا مستمر كما نقول، إذا أسلمت زوجة النصراني؛ فإنه إن أسلم وهي في العدة؛ صح له بالإسلام العقد، وأقر معها، وإن كان إسلامه بعد انقضاء العدة؛ فلا سبيل له إليها، فكذلك هاهنا إن سبي بعدها وحصلت له ذمة قبل أن يشتري؛ أقررناه على نكاحه، وإلا لم يكن له إليها سبيل، **ومن أصلنا أن أنكحتهم في الأصل فاسدة، وإنما يصححها الإسلام، أو يقرهم عليها إذا حصلت لهم ذمة**. وبالله التوفيق[٣].

---

(١) ممحو بمقدار نصف سطر.

(٢) ممحو بمقدار نصف سطر.

(٣) تنبيه: ناقش البعض حكم الاسترقاق في هذا الزمان، وهل يعمل به أو لا، والصواب أن ذلك راجع إلى المصلحة التي يراها الإمام قائد الجهاد، فليس هو نظاما حتميا على الصحيح، بل الإمام مخير فيه وفي المفاداة بمال أو بغيره كما تقدم، على أنه إن حصلت اتفاقية بينا وبين العدو على تركه؛ فلا حرج في ذلك؛ لأن الأمر راجع إلى المصلحة وتحقيقها. =

مسألة (٢٠):

قال: وإذا تعين فرض الجهاد على أهل بلد لقرب العدو من بلدهم وكان فيهم من يجد الزاد، وهو يقوى على المشي؛ لزمه فرض الجهاد وإن لم يجد راحلة، وهو كالحج عندنا[١].

وقال أبو حنيفة والشافعي[٢]: من شرطه الراحلة إذا كان بينه وبين العدو مقدار ما يقصر فيه الصلاة[٣].

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿قَاتِلُوا الَّذِينَ يَلُونَكُم مِّنَ الْكُفَّارِ وَلْيَجِدُوا فِيكُمْ غِلْظَةً﴾[٤].

= وأما الحديث عن طعن المستشرقين في استعمال المسلمين للرق، وأنهم كانوا يستعبدون البشر، وهذا يتنافي مع حقوق الإنسان، فلا يخفى عليك أن هذا الحكم كان عاما منتشرا بين المسلمين والكفار، وهو نظام حربي معمول به على اختلاف في كيفية ذلك بين الفقهاء، والرق لم يكن مقتصرا على المسلمين فحسب، أضف إلى ذلك أن الإسلام حث على الإحسان إلى الرقيق، ومنع من ظلمهم وتحميلهم ما لا يطيقون، وتشوف ودعا إلى عتق الرقاب، وجعل فيه أجرا كبيرا، بل وجعله في كثير من العبادات ككفارة الظهار واليمين وغيرهما، في حين أن الدول الكافرة اليوم تستعبد الشعوب بدل الأفراد، مع تهجم على الأسرى ومعاملتهم معاملة لا تليق حتى بالحيوانات، خير دليل على ذلك ما وقع أخيرا في السجن الأمريكي: «غوانتنامو». والله المستعان لا رب سواه. وانظر كتاب الجهاد والقتال في السياسة الشرعية (١٤٢٠/٢ ـ ١٤٣٣).

(١) انظر الكافي (٢٠٦) الذخيرة (٣٩٣/٣)
وانظر في مسألة الحج عيون المجالس (٧٦٥/٢ ـ ٧٦٦) الإشراف (٣٠٥/٢).

(٢) وبه قال أحمد بن حنبل أيضا. انظر المغني (٤٩٦/١٢).

(٣) الحاوي الكبير (١١/١٤ ـ ١٢) روضة الطالبين (٢١٠/١٠) بدائع الصنائع (٣٧٢/٩ ـ ٣٧٣).

(٤) سورة التوبة، الآية (١٢٣).

وهذا أمر ظاهره الوجوب في قتالهم لمن هو قادر على القتال، فسواء قدر براحلة أو بمشي.

وقال تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا۟ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ ٱلَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ﴾(1).

وقال تعالى: ﴿وَٱقْتُلُوهُمْ حَيْثُ وَجَدتُّمُوهُمْ﴾(2).

وقال: ﴿إِنَّ ٱللَّهَ ٱشْتَرَىٰ مِنَ ٱلْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَٰلَهُم بِأَنَّ لَهُمُ ٱلْجَنَّةَ يُقَاتِلُونَ فِى سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾(3)

وما أشبه هذه الظواهر، ولم يشترط الراحلة، فمن قدر على ذلك؛ لزمه، سواء قدر براحلة أو غيرها إلا أن تقوم دلالة.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿لَّيْسَ عَلَى ٱلضُّعَفَآءِ وَلَا عَلَى ٱلْمَرْضَىٰ وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يُنفِقُونَ حَرَجٌ﴾(4).

فأخبر تعالى أنه لا حرج على من ترك الجهاد إذا لم يجد ما ينفق.

قيل: هذا متوجه إلى من لا يجد الزاد ولا ما يأكله، لأن إطلاق النفقة إلى هذا يتوجه؛ لأنه إذا قيل: فلان ينفق نفقة واسعة؛ فظاهره يتوجه إلى غير الراحلة.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿وَلَا عَلَى ٱلَّذِينَ إِذَا مَآ أَتَوْكَ لِتَحْمِلَهُمْ قُلْتَ

---

(1) سورة البقرة، الآية (١٩٠).

(2) سورة النساء، الآية (٧٩).

(3) سورة التوبة، الآية (١١١).

(4) سورة التوبة، الآية (٩١).

لَآ أَجِدُ مَآ أَحۡمِلُكُمۡ عَلَيۡهِ تَوَلَّواْ وَّأَعۡيُنُهُمۡ تَفِيضُ مِنَ ٱلدَّمۡعِ حَزَنًا أَلَّا يَجِدُواْ مَا يُنفِقُونَ﴾(١)، ثم قال: ﴿إِنَّمَا ٱلسَّبِيلُ عَلَى ٱلَّذِينَ يَسۡتَـٔۡذِنُونَكَ وَهُمۡ أَغۡنِيَآءُ﴾(٢).

فجعل السبيل على هؤلاء، فدل على أنه منتف عن أولئك.

قيل: هذا متوجه إلى من لا يقدر على المشي؛ لأن العرب كانت عادتها الركوب والقتال على الخيل، وركوب النُّجب(٣) والرواحل(٤)، وقل من يتعود منهم المشي، والسبيل على من يقدر على ذلك لغنائه وتمكنه منه، وكذا نقول.

فإن قيل: فإن الجهاد فرض على الكفاية، يقوم غيره فيه مقامه، فأما نفقته ونفقة من يلزمه نفقته ومؤونته؛ فهي فرض عليه عينا؛ إذ لا يلزم غيره، **فإذا تقابل هاهنا فرضان أحدهما يلزمه في عينه ولا يقوم غيره مقامه فيه [والآخر يقوم غيره مقامه فيه؛ كان اشتغاله بما]**(٥) **هو فرض في عينه أولى**.

قيل: عن هذا جوابان:

أحدهما: أننا نقول بهذا، ولا نوجبه عليه إلا أن يكون له ما ينفق على نفسه في مأكوله وملبوسه، وله ما ينفق على من يلزمه نفقته، غير أنه لا راحلة

(١) سورة التوبة، الآية (٩٢).

(٢) سورة التوبة، الآية (٩٣).

(٣) النجيب من الحيوان الفاضل منه، وقد نجُب ينجب نجابة إذا كان فاضلا نفيسا في نوعه، والنجيب من الإبل مفردا ومجموعا: وهو القوي منها الخفيف السريع. النهاية (٩٠٠).

(٤) الرواحل: مفردها راحلة: وهي الناقة التي تصلح لأن ترحل، وقيل: الراحلة المركب من الإبل ذكرا كان أو أنثى. الصحاح (رحل).

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من السياق.

له وهو يقوى على المشي، وهذه مسألتنا. (١٢٢)

والجواب الآخر: هو أنه إذا تعين الجهاد على أهل بلد ما؛ فقد تعين الفرض عليه في عينه، كما تعين عليهم، فاجتمع عليه في ذلك فرضان: أحدهما الجهاد، والآخر نفقة من يلزمه نفقته، فنقول: فرض الجهاد أولى؛ لأن [فيه][(١)] تقوية كلمة الإسلام وضعف العدو، وقد يجوز أن يثيبك الله تعالى مع هذه الغنيمة فتوسع على عيالك، فيجتمع لك الأمران، مع جواز أن يرزقهم الله تعالى ما ينفقونه إذا صحت نيتك في الجهاد لله تعالى.

ويجوز أن نقيسه على من يجد الراحلة؛ بعلة أنه مكلف لو حضر الوقعة أسهم له، أو بعلة أنه ذكر بالغ ممن قد يلزمه فرض الجهاد قادر عليه، أصله إذا كان بينه وبين العدو ما لا يقصر فيه الصلاة، فيخص بهذا القياس ما ذكروه من الظواهر. وبالله التوفيق[(٢)].

مَسْألة (٢١):

قال مالك: ولا بأس بالجعائل[(٣)] في البعوث، يجعل القاعد للخارج،

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من السياق.

(٢) على ضوء تنظيمات الجيوش والقتال اليوم لا تثار مشكلة النفقة التي يتطلبها السلاح، فالسلاح تقدمه الدولة، ولا النفقات الشخصية للمقاتل من زاد وراحلة ـ أي وسيلة النقل ـ فهذه أيضا تقدمها الدولة. الجهاد والقتال في السياسة الشرعية (٢/٩٩٩).

(٣) «الجعائل: جمع جعيلة، أو جعَالة ـ بالفتح ـ، والجُعْل الاسم بالضم، والمصدر بالفتح، يقال: جعلت كذا جَعْلا وجُعلا، وهو الأجرة على الشيء فعلا أو قولا، والمراد هنا: أن يُكتب الغزو على الرجل فيعطي رجلا آخر شيئا ليخرج مكانه، أو يدفع المقيم إلى الغازي=

مضى الناس على ذلك إن كانا من أهل ديوان واحد؛ لأن عليهم سد الثغور.

وقال: وقد أدى القاعد للخارج مائة دينار في بعث في أيام عمر رحمه الله[(١)].

وأصحاب أبي حنيفة يكرهون الجعائل ما كان بالمسلمين أو في بيت المال ما يفي بذلك، فإن لم يكن بهم قوة ولا مال؛ فلا بأس أن يجهز بعضهم بعضا، ويجعل القاعد للشاخص.

وتحصيل مذهبهم في ذلك: أن الجعالة تكره متى كانت على وجه البدل في الغزو في جميع الأحوال، فإذا كان على وجه المعونة؛ لم تكره[(٢)].

وهذا الموضع ينبغي أن لا يكون فيه خلاف.

وقال الشافعي: لا تصح النيابة في الجهاد، لا بعوض ولا غير عوض، فإن تطوع عن إنسان (١٢٣) بالجهاد؛ وقع الجهاد عن نفسه.

وهذ الموضع أيضا ينبغي أن لا يكون فيه خلاف.

قال: وإن جاهد بعقد الجعالة؛ لم تصح الجعالة؛ كأنه قال له: إن جاهدت فلك علي كذا، فجاهد لم يستحق عليه شيئا[(٣)].

وهذا موضع الخلاف.

= شيئا فيقيم الغازي ويخرج هو. وقيل: الجُعل أن يُكتَب البعث على الغزاة فيخرج من الأربعة والخمسة رجل واحد، ويُجعل له جعل، ويروى مثله عن مسروق والحسن». النهاية (١٥٦).

(١) انظر المدونة (١/٧٦١ ـ ٧٦٢) الكافي (٢٠٧) بداية المجتهد (٣/٤٥٣).

(٢) شرح فتح القدير (٥/٤٢٥ ـ ٤٢٧).

(٣) الأوسط (٦/١٧٧ ـ ١٧١) روضة الطالبين (١٠/٢٤٠) وهو مذهب أحمد رحمه الله. انظر المغني (١٢/٧٠٤).

والدليل على جواز ذلك قوله تعالى: ﴿وَٱفْعَلُوا۟ ٱلْخَيْرَ﴾[1].

وقال تعالى: ﴿فَمَن تَطَوَّعَ خَيْرًا فَهُوَ خَيْرٌ لَّهُۥ﴾[2].

ومن قال لرجل: حج في سبيل الله، وقاتل عدو الله ولك علي كذا وكذا؛ فقد فعل الخير لا محالة.

وأيضا فقد قال تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾[3].

وهذان قد عقدا على أنفسهما عقدا؛ لأن الجاعل قد عقد على نفسه الجعل، والمجعول له قد عقد على نفسه الجهاد، فيلزمهما الوفاء بحق الأمر الذي يقتضي ظاهره الوجوب.

وأيضا فقد قال ﷺ: «الأعمال بالنيات»[4].

وهذا الجهاد عمل بنية.

ثم قال عليه السلام: «وإنما لامرئ ما نوى»[5].

وهذا قد نوى الجهاد فله ما نواه.

وأيضا فإن المقصد من الجهاد نصرة التوحيد، وسد الثغر، وأن يُقاتَل المشركون، فجاز أن ينوب فيه الغير عن الغير، كالحدود، وإصلاح الجسور، والمصالح، وبناء المساجد الذي فيه المنفعة العامة، والمعاونة من بعضهم لبعض.

---

(١) سورة الحج، الآية (٧٧).

(٢) سورة البقرة، الآية (١٧٤).

(٣) سورة المائدة، الآية (١).

(٤) تقدم تخريجه (٢/٨).

(٥) تقدم تخريجه (٢/٨).

على أن أصل الجهاد مبني على هذا؛ لأنه فرض على الكفاية ينوب فيه طائفة عن الباقين، فإذا تعين على إنسان؛ جاز أن يقوم غيره فيه مقامه؛ لأن المقصد المراد منه يحصل لمن ينوب عنه، وليس كذلك الصوم والصلاة والحج في أصله؛ لأنه ليس المقصد منه المعاونة، فلهذا كان فرضا على الأعيان في أصله.

فإن قيل: فان النيابة لا تصح فيه لأنه ينوب في السير للقتال والصف، ولا ينوب في القتال نفسه، وهو إذا حضر الصف التقى الزاحف؛ فإن الفرض (١٢٤) [قد تعين عليه][(١)]، فإذا كان الفرض قد تعين عليه؛ لم يجز أن يكون فيه نائبا عن غيره، وشابه هذا ما نقوله أن من كانت عليه حجة الإسلام؛ لما كان الفرض مستحقا عليه؛ لم يجز حجه عن الغير، لا تطوعا، ولا بأجرة، ولا عن نفسه تطوعا أو عن غير حجة الإسلام، بل إذا حج؛ يكون عن حجة الإسلام.

قيل: ليس كل شيء تعين عليه بدخوله فيه؛ يكون في ابتدائه متعينا عليه، ألا ترى أن المتطوع بالحج في الابتداء ليس بواجب عليه، وإذا دخل فيه؛ تعين فرض إتمامه عليه[(٢)]، كذلك المجعول له لم يكن الجهاد متعينا عليه في الابتداء، فلما دخل فيه نائبا عن غيره؛ تعين عليه بعد أن لم يكن متعينا عليه، إلا أنه قد سد في جهاد العدو مسد الجاعل، وناب منابه في المراد منه.

وقولهم: «إنه [لا][(٣)] ينوب عنه في القتال»؛ فالذي على المجاهد

(١) ما بين المعقوفتين مطموس بالأصل، والمثبت من السياق.

(٢) لقوله تعالى: ﴿وَأَتِمُّوا۟ ٱلْحَجَّ وَٱلْعُمْرَةَ لِلَّهِ﴾.

(٣) ساقط من الأصل، والمثبت من الاعتراض قبله.

الحضور ليكثر أو يقاتل إن كان ممن يقاتل، قال الله تعالى: ﴿وَقِيلَ لَهُمْ تَعَالَوْاْ قَٰتِلُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ أَوِ ٱدۡفَعُواْ﴾(١)، أي أكثروا، ألا ترى أن من حضر الوقعة ولم يقاتل؛ أسهم له إذا كان حرا بالغا ليس بأجير ولا تاجر(٢).

وأما الحج؛ فإن أصله فرض على الأعيان من أعمال الأبدان، فالنيابة في أصله لا تصح، ثم إذا حصل تطوعا؛ جاز أخذ الأجر عليه، فلو كان الجهاد كالحج؛ لاقتضى أن تصح النيابة في تطوعه إذا وقعت بعد أداء فرضه، كما تصح في الحج، فيكون هذا حجة عليكم.

فإن قيل: فلا فرق بين الحج والجهاد، وذلك أن الحج يلزمه في العمر مرة، أعني حجة الإسلام، فإذا أتم حكمها؛ كان الحج عن الغير، والجهاد يلزمه فرضه كل مرة يحضر الصف، والجهاد [واجب على الأبد](٣) كالحج في أول مرة، [ ](٤) والحج من الجهاد هو (١٢٥) أن يكون الحج عن نفسه واجبا عليه في [ ](٥) عن الغير مثل أن يقول: إن شفى الله مريضي أو قدم غائبي؛ فلله علي أن أحج كل سنة حجة، فإنه إذا شفى الله مريضه؛ لزم أن يحج عن نفسه كل سنة، فلو حج عن الغير؛ لم يصح.

قيل: أما قولكم: «إن الجهاد يلزمه فرضه كل مرة يحضر الصف، وأن

---

(١) سورة آل عمران، الآية (١٦٧).

(٢) بل وللتاجر والأجير أيضا إذا قاتل، ولغير البالغ إذا كان يطيق القتال، وسيناقش المصنف ذلك بتفصيل قريبا.

(٣) كلمة لم أتبينها من الأصل، والمثبت من جواب الاعتراض حيث سيعيد المصنف الاعتراض.

(٤) ممحو بالأصل بمقدار كلمة.

(٥) ممحو بمقدار نصف سطر.

الجهاد على الأبد كالحج في أول مرة» ؛ فإنه قول غلط ، وذلك أن من لا يجب عليه فرض الجهاد ولا يتعين عليه في الابتداء ؛ فإنه يجوز أن يبتدئ الدخول فيه نيابة عن غيره ، وإن كان إذا التقى الصفان ؛ تعين عليه ، فهو كالمتطوع بالحج لا يجب عليه ابتداؤه ، فإن دخل فيه ؛ تعين عليه إتمامه والفراغ منه ، ولم يدل هذا على أنه يلزمه فرض الحج في كل سنة ، فلا فرق بين الجهاد والحج من هذا الوجه ، بل إن كانا نفسين في بلد يلي العدو ، وقد تعين عليهما جميعا ابتداء الجهاد ، ولا غناء عنهما ؛ فلا تجوز نيابة أحدهما عن الآخر ، فأما من تعين عليه وحده إذا استناب من لم يتعين عليه ابتداؤه ؛ فإنه يجوز ، ويصير بمنزلة نفسين عليهما فرض الحج ، فلا ينوب أحدهما عن الآخر .

على أننا قد قلنا: إن المقصد من الجهاد نصرة كلمة الإسلام ، وإذلال المشركين ليدخلوا في الإسلام أو أداء الجزية ، وهذا بالمعاونة يحصل ، فالنيابة فيه تصح .

وقوله: «إن شفى الله مريضي فله علي أن أحج كل سنة» ؛ فمثله لو قال: إن شفى الله مريضى ؛ فله علي أن أغزو بنفسي كل سنة ، فأما إن قال: فعلي أن أُخرِجَ من يغزو ؛ فإنه يجوز ، كما يقول: فعلي أن أخرج كل سنة حجة ؛ فإنه يجوز ، لا فرق بينهما .

فإن قيل: فإنه إذا تعين عليه الغزو في الابتداء ؛ فهو كما تعين عليه (١٢٦) أن يحج بنفسه .

قيل: هذا غلط ، إنما يتعين عليه في الجهاد معاونة المسلمين وشد الكلمة ، فإن فعله بنفسه ؛ جاز ، وإن استناب من يقوم مقامه ؛ جاز .

فإن قيل: فقد روي أن رجلا أعطى رجلا خمسة دنانير ليغزو عنه، فقال النبي ﷺ: «ليس لك لغزوك إلا ما أخذت»[1].

قيل: هذا لا دلالة فيه؛ لأن هذا قضية في عين واحدة، فيحتمل أن يكون ممن حضر القتال وتعين عليه بالحضور فلا يأخذ عليه جعلا، ويحتمل أن يكون أراد: أنني لا أعطيك رزقا من بيت المال كما أعطي الجيش الذين لهم أرزاق[2]، ليس لك إلا ما أخذت من الرجل، ويحتمل أن يكون علم منه أنه لم يخلص النية لله تعالى في الجهاد، وإنما كانت نيته أخذ الدنانير حسب، وإذا احتمل هذا؛ لم يكن لهم أن يتأولوه بشيء إلا ولنا أن نتأوله على ما ذكرنا.

فإن قيل: فإن الجهاد فرض على الكفاية، فمن فعله؛ وقع عن فرضه، فلا يجوز أن يستحق على غيره عوضا.

قيل: قد تكلمنا على هذا، وقلنا: هو فرض على الكفاية، فإذا اختار الدخول فيه على وجه النيابة؛ جاز.

فإن قيل: فإن المجاهد يستحق سهما من الغنيمة، فلو أن فعله واقع عن

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٥٢٧) والبيهقي (٩/٥٠) بإسناد صحيح، ولفظ أبي داود: عن أبي يعلى بن منية قال: أذن رسول الله ﷺ بالغزو وأنا شيخ كبير، ليس لي خادم، فالتمست أجيرا يكفيني وأجري له سهمه، فوجدت رجلا، فلما دنا الرحيل أتاني فقال: ما أدري ما السهمان، وما يبلغ سهمي؟ فسم لي شيئا، كان السهم أو لم يكن، فسميت له ثلاثة دنانير، فلما حضرت الغنيمة؛ أردت أن أجري له سهمه، فذكرت الدنانير، فجئت النبي ﷺ فذكرت له أمره، فقال: ما أجد له في غزوته هذه في الدنيا والآخرة إلا دنانيره التي سمى». ويظهر بهذا أن لفظ المصنف فيه اختصار شديد.

(٢) مردود بنص الحديث.

غيره؛ لم يصح ذلك، وإذا وقع فعله عن نفسه؛ لم يجب له جعل فيما فعله عن غيره.

قيل: وأيش الذي يمنع من هذا، هو يستحق الجعل الذي جعل له بالمعاونة، ويحصل الفعل له لأن المعنى المقصود من الجهاد قد حصل، كما يحصل من الجاعل لو حضر، وقد قلنا: إن المجعول له لم يتعين عليه الفرض في الابتداء، وإنما دخل للجعل ونوى الجهاد، فبدخوله تعين عليه بعد أن لم يكن متعينا عليه ابتداء.

فإن قيل: لو استحق العوض؛ لاجتمع (١٢٧) له السهم والأجر جميعا، والاستحقاق بفعل واحد، مثل بدلين عن شيء واحد.

قيل: عن هذا جوابان:

أحدهما: أن هذا غير ممتنع أن يستحق بدلين عن فعل واحد[(١)]، ألا ترى أن من يقول: إن السلب للقاتل؛ هو ذا يدفع إليه حقه من باقي الغنيمة[(٢)].

على أن السهم ليس يأخذه عوضا عن قتاله؛ لأنه قد يقاتل ولا تحصل له غنيمة، فليس سهمه مستحقا لأجل قتاله لا محالة، وليس ما يستحقه من السهم على وجه الأجرة، ألا ترى أن النبي ﷺ قد كان يستحق سهما من الغنيمة، وليس بأجرة على ما كان [يعمله][(٣)]، فكيف يكون بدلا عن القتال

(١) «وظاهر كلام أحمد والخرقي - رحمهما الله - أنه لا سهم له؛ لأن غزوه بعوض، فكأنه واقع من غيره، فلا يستحق شيئا». المغني (١٢/٧٠٥).

(٢) انظر ما تقدم في بداية هذا الكتاب.

(٣) في الأصل: يعلمه.

وقد تعاون الغازي ما يعطاه، فإذا قبضه؛ استحقه ويستحق السهم أيضا، فلا يقال: إنهما بدلان عن قتاله.

فإن قيل: فإنه متى أعطاه على وجه الأجرة؛ كان ذلك أخذ عوض عما شرطه أن يقع قربة للجاعل، وذلك لا يصح، مثل أن يأخذ أجرة عن الصلاة والصيام.

قيل: هذا غير ممتنع في الجهاد؛ لأن أصله فرض على الكفاية تصح فيه النيابة، لأن الغرض ما ذكرناه من سد الثغر والقتال والمعاونة على ذلك، فإذا دفع إليه أجرا ليمنع عن المسلمين وينصر كلمتهم؛ لم يمتنع ذلك.

وقد روى ابن وهب عن الليث بن سعد، عن حيوة بن شريح، عن ابن شفي، عن أبيه، عن عبد الله بن عمرو: أن رسول الله ﷺ قال: «للغازي أجره، وللجاعل أجره وأجر الغازي»[(١)].

فرغب في الجعالة، ومعناه: مثل أجر الغازي مع أجره. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَة (٢٢):

قال: ويسهم للتاجر والأجير (١٢٨) إذا قاتلا.

وهذا ينبغي أن يفصل، فإن كان التاجر خرج للجهاد والتجارة معا؛ فينبغي أن يسهم له إذا حضر الوقعة، سواء قاتل أم لم يقاتل، ولا أعلم أن في هذا خلافا، وهو كالحاج الذي يقصد الحج والتجارة فإن الفرض يسقط

(١) أخرجه أبو داود (٢٥٢٦) وأحمد (٢/١٧٤) وإسناده صحيح.

عنه، واستحق الثواب، قال الله تعالى: ﴿لِّيَشْهَدُواْ مَنَٰفِعَ لَهُمْ وَيَذْكُرُواْ ٱسْمَ ٱللَّهِ﴾[1].

قال ابن عباس: المنافع التجارات والأرباح[2]، وقيل: الثواب.

وإن كان التاجر قصد التجارة ولم ينو الجهاد إلا أنه حضره؛ فإن لم يقاتل؛ لم يسهم له، وإن قاتل؛ أسهم له[3]؛ لأنه بالقتال والدخول فيه قد حصل ناويا وفاعلا[4].

وكذلك الأجير إذا قاتل أسهم له[5]، وهذا أيضا عندي ينبغي أن يفصل، فإن كان أجيرا على فعل شيء بعينه مثل خياطة القميص والآلة المتعينة التي لا يحتاج فيها إلى ضرب المدة؛ فليس عليه [غير][6] عملها، فإذا كانت نيته مع [ذلك][7] الجهاد وحضر الوقعة؛ أسهم له، سواء قاتل أو لم يقاتل[8]،

---

(١) سورة البقرة، الآية (١٩٧).

(٢) أخرجه عنه بنحوه ابن جرير في تفسيره (٢/١٠٧٠ ـ ١٠٧١).

(٣) وهو رواية عن أحمد. انظر المغني (١٢/٧٠٧).

(٤) وهو مذهب الحنفية أيضا. انظر البدائع (٩/٥٠٢).

(٥) وهو رواية عن أحمد، وعنه رواية أخرى: لا يسهم له بحال. انظر المغني (١٢/٧٠٧ ـ ٧٠٧).

(٦) هكذا بالأصل، ولعل الصواب حذفها ليتناسب مع ما بعده في المعنى، وقد اختلف نسخ عيون المجالس فيها، ففي بعضها حذف «غير»، وفي بعضها: إلا ذلك العمل.

(٧) ساقطة من الأصل، والمثبت من عيون المجالس.

(٨) تنبيه: قال القرطبي في الجامع (١٠/٣٧٧ ـ ٣٧٩): «وقال أشهب: لا يستحق أحد منهم وإن قاتل، وبه قال ابن القصار في الأجير: لا يسهم له وإن قاتل، وهذا يرده حديث سلمة بن الأكوع..» ثم ساق حديث سلمة المتقدم تخريجه.

قلت: وفي هذا النقل نظر بيّن، فابن القصار لم يقل بذلك كما هو ظاهر من كلامه هنا. والله أعلم.

وإن كان مستأجرا للخدمة التي تخص بالمدة؛ فإنه إنما خرج بذلك، فالزمان مستحق عليه بالأجرة، فإذا حضر الوقعة؛ لم يسهم له، حتى إذا قاتل انتفع به المنفعة التامة فأسهم له(١).

واختلف قول الشافعي في التاجر والأجير جميعا، فقال: سواء قاتلا أم لا فإنه يسهم لهما.

وقال: لا يسهم لهما، ولكن إن قاتلا؛ أرضخ لهما، فإذا قال: يسهم لهما؛ لم يفرق بين أن يكون التاجر خرج للتجارة وحدها أو نوى معها الجهاد(٢).

فحصل الخلاف بيننا وبينه في موضعين:

أحدهما: أنه إذا لم يقاتل وحضر ولم يكن نوى الجهاد؛ فإنه لا يسهم له عندنا، ويسهم له [عنده](٣) على أحد القولين.

والموضع الآخر: هو أنه يسهم له عندنا إذا قاتل، (١٢٩) وعنده لا يسهم له وإن قاتل على أحد قوليه.

والدليل لقولنا أنه لا يسهم له إذا لم يقاتل ولم يكن نوى الجهاد؛ قوله

(١) انظر التفريع (٢٥١/١) الكافي (٢١٤) الإشراف (٤٣٥/٤ ـ ٤٣٦) بداية المجتهد (٤٥٢/٣ ـ ٤٥٣) الذخيرة (٤٢٩/٣).
وعند الحنفية إن قاتل؛ نظر في ذلك، إن ترك الخدمة؛ فقد دخل في جملة العسكر، وإن لم يترك؛ فلا شيء له أصلا؛ لأنه إذا لم يترك تبين أنه لم يدخل على قصد القتال. انظر بدائع الصنائع (٥٠٢/٩).

(٢) الأوسط (١٧٣/٦ ـ ١٧٥) الحاوي الكبير (١٦٤/١٤) روضة الطالبين (٣٧١/٦ ـ ٣٧٢) وذهب ابن حزم إلى أنه يسهم لهما بإطلاق. انظر المحلى (٣٩٥/٥).

(٣) ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس.

تعالى: ﴿وَءَاخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي ٱلْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِن فَضْلِ ٱللَّهِ وَءَاخَرُونَ يُقَٰتِلُونَ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾(١).

ففرق تعالى بين الضرب في الأرض لابتغاء الفضل، وبين الضرب فيها للجهاد والقتال، فعلم أنه إذا نوى بسفره التجارة حسب؛ لا يكون مجاهدا.

وأيضا قول النبي ﷺ في رواية عمر بن الخطاب عنه: «الأعمال بالنيات وإنما لكل امرئ ما نوى، فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ما هاجر إليه»(٢).

فبين رسول الله ﷺ أن الهجرة إلى الدنيا لا تكون هجرة إلى الآخرة، ولأن منفعته مشغولة بغير الجهاد، فوجب أن لا يسهم له، دليله العبد.

وأيضا فإن السهم يستحقه من كان من أهل الجهاد والقتال، وهذا ليس منهم، وهو مشغول بتجارته، وإياها قصد، وبصحبته للمجاهدين وليس نيته نيتهم لا يصير مجاهدا.

فإن قيل: فقد قال ﷺ: «الغنيمة لمن حضر الوقعة»(٣).

وكذلك قال أبو بكر وعمر: «الغنيمة لمن حضر الوقعة»(٤).

فهو إجماع.

---

(١) سورة المزمل، الآية (٢٠).

(٢) تقدم تخريجه (٢/٨).

(٣) تقدم تخريجه (٥/٦٠).

(٤) تقدم تخريجه (٥/٦٠).

قيل: هذا عموم يخص كما يخص العبد والمرأة وإن حضرا الوقعة، فكأنه ﷺ أراد من حضر الوقعة بنية الجهاد.

فإن قيل: إنه حر، مسلم، رشيد، حضر الوقعة، فوجب أن يسهم له، أصله غير التاجر.

قيل: غير التاجر نوى الجهاد فأسهم له، [وهذا لم ينو الجهاد](١).

وعلى أننا قد ذكرنا القياس على العبد، فيتعارض القياس ويسقط، فلا ينبغي أن يسهم له إلا بأمر منفصل.

والدليل لقولنا (١٣٠) أنه يسهم له إذا قاتل؛ أنه قد دخل تحت قوله تعالى: ﴿وَقَٰتِلُواْ فِي سَبِيلِ ٱللَّهِ﴾(٢).

وتحت قوله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ يَلُونَكُم مِّنَ ٱلۡكُفَّارِ﴾(٣).

فإذا امتثل المأمور به وهو حر مسلم؛ وجب أن يسهم له كغيره من المقاتلة.

وقال تعالى: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾(٤).

فدل أن أربعة أخماسه للغانمين، سواء كانوا تجارا أو غير تجار إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا ظاهر قوله ﷺ: «الغنيمة لمن حضر الوقعة»(٥).

(١) كلمات لم أتبينها من الأصل، والمثبت أقرب إلى رسمها وإلى السياق.
(٢) سورة البقرة، الآية (١٩٠).
(٣) سورة التوبة، الآية (١٢٣).
(٤) سورة الأنفال، الآية (٤١).
(٥) تقدم تخريجه (٥/٦٠).

وكذلك قول أبي بكر وعمر[(١)].

فهو عموم فيمن حضر وقاتل ومن حضر ولم يقاتل، وقامت دلالة أخرجته إذا لم يقاتل، وبقي حكمه إذا قاتل.

وأيضا فإنه حر، مسلم، رشيد، حضر الوقعة وقاتل، فيجب أن يسهم له، أصله غير التاجر إذا قاتل، فإن غير التاجر يسهم له بحضوره وإن لم يقاتل.

قيل[(٢)]: لا يمتنع القياس عليه إذا قاتل وإن كان يستحق السهم بوجه آخر، وعلى أن منفعة القتال أكثر من منفعة الحضور، فإذا أسهم لغير التاجر بالحضور؛ وجب أن يكون التاجر إذا قاتل بالسهم أولى لكمال المنفعة بقتاله، مع كونه من أهل الجهاد، والدلائل في التاجر موجودة في الأجير إذا قاتل، والكلام فيهما واحد.

ونقول أيضا: إن إجارة الحر مع القتال لا يمنع استحقاق السهم، كما لو استأجره على أعمال معلومة معينة.

وأيضا فقد قال ﷺ: «للفرس سهمان، وللراجل سهم»[(٣)].

ولم يفرق بين تاجر أجير وغيرهما.

فإن قيل: فإن الأجير يشبه العبد؛ لأن منافعه مستحقة لغيره، فلا يستحق السهم.

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٦٠).

(٢) هكذا بالأصل، ولعله سقط اعتراض.

(٣) تقدم تخريجه (٥/١٠٨).

قيل: العبد ليس من جنس من يسهم له[1]، ألا ترى أن الأجير لو كان غير أجير أو أجيرا على عمل معلوم؛ لا يستحق السهم، فهو بالحر أشبه (١٣١) لوجود القتال فيه على الصفة التي ذكرنا.

وأيضا فلو أسهم للعبد إذا قاتل؛ لكان ذلك للسيد الذي لم يحضر ولم يقاتل على ما يقولون: إن العبد لا يملك، وينزعه منه عندنا، والحر ليس كذلك. وبالله التوفيق.

مسألة (٢٣):

ومن لم يبلغ الحلم وأطاق القتال وقاتل؛ أسهم له إذا كان ذكرا مسلما حرا[2].

وقال أبو حنيفة، والشافعي: لا يسهم[3] له[4].

---

(١) وبه قال جمهور العلماء، وخالف ابن حزم فقال: يسهم له. انظر بداية المجتهد (٣/٤٥٠ ـ ٤٥١) الذخيرة (٣/٤٢٩) المغني (١٢/٦٠٧) المحلى (٥/٣٩٥).

(٢) وفي المذهب قولان آخران: الأول: يسهم له وإن لم يقاتل، وصححه القرطبي، والثاني: لا يسهم له وإن قاتل كقول أبي حنيفة. وما ذكره المصنف هنا التفصيل بين أن يقاتل فيسهم له، أو لا يقاتل فلا يسهم له. انظر الجامع للقرطبي (١٠/٣٧٩) الكافي (٢١٤) بداية المجتهد (٣/٤٥١) الذخيرة (٣/٤٢٩).

(٣) لأن الإسهام تبع لوجوب القتال، والمراهق لا يجب عليه شيء. الذخيرة (٣/٤٢٩) وذهب الإمام أحمد وابن حزم أيضا إلى مذهب الشافعي. انظر المغني (١٢/٦١٠ ـ ٦١١) المحلى (٥/٣٩٧).

(٤) الأم (٩/٢٠٢ ـ ٢٠٣) الأوسط (٦/١٧٤ ـ ١٧٥) الحاوي الكبير (٧/٤١٢ ـ ٤١٣) بدائع الصنائع (٩/٥٠٢) الهداية مع شرح فتح القدير (٥/٤٩٠).

والدليل لقولنا ما روي من حديث ابن عمر أن النبي ﷺ أجازه وهو ابن أربع عشرة سنة، وهو أجود من الحديث الذي فيه أنه رده وهو ابن أربع عشرة سنة(١)؛ لأن أحمد بن حنبل روى عن ابن مهدي، عن حماد بن زيد، عن هشام، عن محمد بن سيرين، عن ابن عمر قال: «عرضت على رسول الله ﷺ يوم بدر وأنا ابن ثلاث عشرة سنة فردني، وعرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فأجازني»(٢).

وقد روى أيوب، عن ابن سيرين، عن ابن عمر: «عرضت على النبي ﷺ يوم أحد ولي ثلاث عشرة سنة فردني، وعرضت يوم الخندق وأنا ابن أربع عشرة سنة فأجازني»(٣).

---

(١) حديث رده وهو ابن أربع عشرة سنة أخرجه البخاري (٢٦٦٤) ومسلم (٩١/١٧٦٧) بدون ذكر البلوغ، وأخرجه بذكره البيهقي (٩١/٦) وابن حبان في صحيحه (٤٧٢٧) ونقل البيهقي عن ابن صاعد قوله: في هذا الحديث حرف غريب، وهو قوله: «ولم يرني بلغت».
قلت: وأنت تلاحظ أن الحديث بهذا اللفظ مخرج في الصحيحين، واللفظ الذي فيه أنه أجازه وهو ابن أربع عشرة سنة لا وجود له كما سيأتي، فأين الجودة المذكورة التي زعمها المصنف.

(٢) نقله ابن حجر في الفتح (١٣٣/٧) عن ابن التين، وقال: لا وجود له. قلت: ولا وجود في المسند كما زعم المصنف. وأشار القاضي عبد الوهاب في شرح الرسالة (٢٣٧/١) إلى بطلانه.

(٣) أخرجه البيهقي (٩٢/٦) عن أبي معشر عن نافع عن ابن عمر بلفظ: «عرضت على النبي ﷺ عام بدر ولي ثلاث عشرة سنة فردني، [وعرضت عليه يوم أحد وأنا ابن أربع عشرة سنة فلم يجزني في المقاتلة]، وعرضت عليه عام الخندق وأنا ابن خمس عشرة سنة فأجازني في المقاتلة».
وهو مشكل على قول من يقول: إن غزوة الخندق كانت سنة خمس؛ لأنه ينبغي أن يكون ابن عمر في الخندق ابن ست عشرة سنة، وقد جمع البيهقي بين هذا بأن قوله: «وأنا ابن أربع عشرة سنة» أي إني طعنت في الرابع عشر، وقوله في الخندق: «وأنا ابن خمس عشرة سنة» إني استكملتها وزدت عليها. =

وروى أحمد بن حنبل، عن ابن مهدي، عن سفيان وشعبة، عن أبي إسحاق، عن البراء قال: «استصغرت أنا وابن عمر في غزوة بدر»(١).

فتبين بذلك أنهم ردوا للصغر لأنهم لا يطيقون القتال، وأجيزوا حين أطاقوا.

وأيضا فقد روي أن رجلا كان له ابن وابن امرأة فعرضا على النبي ﷺ فأجاز ابنه، ورد ابن امرأته، فقال: يا رسول الله! أجزت هذا ورددت ذلك، ولو صارعه؛ لصرعه، فقال: اصطرعا، فاصطرعا، فصرع ابن امرأته ابنه، فأجازهما جميعا، ولم يكونا قد احتلما».

وكذلك روى [هشيم](٢) عن عبد الحميد بن جعفر، عن (١٣٢) أبيه، عن سمرة بن جندب قال: «كان رسول الله ﷺ يعرض عليه غلمان الأنصار كل عام فيلحق من أدرك منهم، فعرضت عليه عاما فألحق غلاما وردني، فقلت: يا رسول الله! ألحقته ورددتني، ولو صارعني؛ لصرعته، قال: فصارعني

= قال ابن حجر: «وهو شائع مسموع في كلامهم، وبه يرتفع الإشكال المذكور، وهو أولى من الترجيح». الفتح (١٣٣/٧) واستحسنه أيضا ابن الملقن في البدر (٦٦٧/٦)
قلت: وإذا كان هذا اللفظ الذي أخرجه البيهقي مشكلا؛ فكيف بلفظ المصنف الذي فيه أنه كان يوم الخندق له أربع عشرة سنة، وهذا مما يدلك على أن هذا اللفظ لا وجود له أيضا. والله أعلم.

(١) أخرجه أحمد (٢٩٧/٤) من طريق شريك بن عبد الله النخعي، عن أبي إسحاق، عن البراء. وأخرجه البخاري (٣٩٥٥) من طريق مسلم بن إبراهيم، وبرقم (٣٩٥٦) من طريق وهب كلاهما عن شعبة عن أبي إسحاق. وأخرجه الطبراني في الكبير (١١٦٧/٢٣/٢) من طريق سفيان عن أبي إسحاق.

(٢) في الأصل: ابن هشام، والتصحيح من التخريج.

فصرعته فألحقني»[1].

وهذا يدل أن الغلام وإن لم يبلغ وأطاق القتال؛ أسهم له؛ لأنه لو اعتبر البلوغ؛ لم يحتج أن يعتبرهم بالصراع، فإن البالغ قاتل أو لم يقاتل؛ فإنه يسهم له إذا حضر، فثبت أنه اعتبر طاقتهم للقتال، وهو قياس البالغ بعلة أنه حر ذكر قد أطاق القتال وقاتل.

وأيضا فإن المطلوب في الحرب جنس المكابدة، فمن أطاقها وعلمها؛ سوغها؛ لأن قضية العقل تقتضي ذلك؛ لأن كل أحد إنما يطلب للصناعة التي يبتغيها من كان مأمونا عليها عالما بها، فإذا كان القصد من الجهاد مكابدة العدو وقتاله، ووجدنا من هو من الجنس بهذه المثابة، يسد مسد الكبير؛ سوغناه ذلك، مع أن الصبي الذي قد بلغ حد القتال له من الجراءة والإقدام ما ليس لغيره، ولهذا يقال: إن الأهوج[2] أشجع من غيره، فإذا وجد العناء من الصبي في قتاله؛ أسهم له.

فإن قيل: فيجب أن يسهم له وإن لم يقاتل.

قيل: إذا لم يقاتل حقر، وإذا قاتل أبر ولم يحقر. وبالله التوفيق.

---

(١) أخرجه الطحاوي في شرح معاني الآثار (٣/١٢٢) والبيهقي (٩/٣٧) بنحوه.

(٢) الأهوج المتسرع في الأمور كما يتفق، وقيل: الأحمق القليل الهداية. انظر النهاية (١٠١٤) والصحاح (هوج).

مَسألة (٢٤):

وإذا أسلم الحربي وخرج إلينا، أو جاءنا ثم أسلم، وترك ماله وولده في دار الحرب؛ فلا خلاف أنه قد أحرز دمه، واختلفوا في ولده وماله الذي هناك، فاختلفت الرواية عن مالك وأصحابه فيه، فقال أشهب وسحنون: قد أحرز ولده وماله.

وقال مالك: هو فيء إذا غنمه المسلمون.

وقال غيره: (١٣٣) يكون ولده حرا، وماله له إلا أن يقسم فيكون له بالثمن[١].

وقال الشافعي: قد أحرز جميع ماله وولده وأرضه[٢].

وقال أبو حنيفة: ما ينقل ويحول؛ فقد أحرزه، وما لا ينقل مثل أرضه وعقاره؛ فإنه إذا ظهر المسلمون عليه؛ فهو غنيمة، وإن سبيت زوجته وهي حامل منه؛ استرقت وحملها، وإن كان منفصلا؛ فهو حر لاحق به[٣].

فأما أرضه؛ فإن مالكا أطلق فقال: قد أحرز ماله، ولم يفرق.

وقال أيضا: يكون ماله فيئا، ولم يفرق.

والدليل للرواية التي يقول فيها: إنه قد أحرز ولده وماله؛ قول النبي ﷺ:

---

(١) انظر المدونة (٧٣٠/١) التفريع (٢٥١/١) الإشراف (٤٢٧/٤).

(٢) روضة الطالبين (٢٥٢/١٠ ـ ٢٥٣) وإليه ذهب أحمد بن حنبل. انظر المغني (٦٣٧/١٢ ـ ٦٣٧) وابن حزم في المحلى (٣٦٤/٥ ـ ٣٦٧).

(٣) التجريد (٦١٥٧/١٢ ـ ٦١٦٢) الهداية مع شرح فتح القدير (٤٧٣/٥ ـ ٤٧٩).

«أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله، فإذا قالوها عصموا مني دماءهم وأموالهم إلا بحقها»[1].

وهذا قد قال ذلك، فوجب أن يعصم دمه وأمواله.

وأيضا فقد روي أن رسول الله ﷺ حاصر بني قريظة، فأسلم ابنا سَعْية[2] وقتل سعية، فخرجا إلى النبي ﷺ، فأحرزا أموالهما، وأراضيهما، ونخلهما، وصغار أولادهما[3].

فدل على ما ذكرناه.

وأيضا فما روى سليمان بن بريدة عن أبيه قال: قال رسول الله ﷺ: «لهم ما أسلموا عليه من أراضيهم ورقيقهم وماشيتهم، فليس عليهم في شيء من ذلك إلا الصدقة»[4].

ولم يفرق بين إسلامهم في أي حال كان، ولا بين أموالهم أين كانت.

وأيضا فما رواه ياسين بن معاذ الزيات، عن الزهري، عن سعيد بن المسيب، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «من أسلم على شيء؛ فهو له»[5].

---

(١) أخرجه البخاري (١٣٩٩) ومسلم (٢١/٣٥).

(٢) سعية: بفتح السين وإسكان العين المهملتين بعدها ياء مثناة تحت، هذا صوابه، وحكى صاحب التنقيب في كتاب السلم منه أربعة أوجه انظرها في البدر المنير (١٢٦/٩ ـ ١٢٧).

(٣) أخرجه البيهقي (١٩٢/٩) وانظر التلخيص (١١١/٤).

(٤) أخرجه البيهقي (١٩١/٩).

(٥) أخرجه ابن عدي في الكامل (١٧٤/٧) والبيهقي (١٩٠/٩ ـ ١٩١) وقال: «ياسين بن معاذ=

ولم يخص حالا من حال، فهو عموم إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا فقد قال الله تعالى في الكفار: ﴿وَأَوْرَثَكُمْ أَرْضَهُمْ وَدِيَارَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ﴾(١).

فأضاف الجميع إليهم، فإذا ثبت أن ذلك لهم؛ فدليله أنهم إذا أسلموا لم يورثونا أموالهم ولا أرضهم على أي (١٣٤) حال كان، إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا فإنه مسلم فيجب أن لا يغنم ماله، دليله المسلم الذي في دار الإسلام له المال الذي ينقل.

وأيضا فإن كل من لا يغنم ماله الذي [ينقل؛ لا يغنم ماله الذي](٢) لا ينقل، أصله الذمي والمسلم في دار الإسلام.

فإن قيل: إننا لا نغنم ما ينقل، ونغنم ما لا ينقل؛ [لأنه](٣) لا تثبت اليد عليه عندنا، فإذا ظهر المسلمون عليه؛ فإنهم وجدوا مالا لا يد لأحد عليه، فلهذا يأخذونه، وما ينقل ثبتت اليد عليه.

قيل: هذا غلط؛ لأن ما لا ينقل تثبت اليد عليه مثل ما ينقل، ألا ترى

= الزيات كوفي ضعيف، جرحه يحيى بن معين والبخاري وغيرهما من الحفاظ، وهذا الحديث إنما يروى عن ابن أبي مليكة عن النبي ﷺ مرسلا، وعن عروة عن النبي ﷺ مرسلا».

ونقل عن الشافعي قوله: «وكأن معنى ذلك: من أسلم على شيء يجوز له ملكه فهو له».

قلت: وانظر ما تقدم (٥/٨٨) من هذا الكتاب.

(١) سورة الأحزاب، الآية (٢٧).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من السياق.

(٣) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

أنه لو ادعى دارا في يد إنسان ؛ كان القول قول من قال: «الدار في يده» لثبوت يده عليها.

على أنه لو قلب عليهم هذا ؛ لكان أولى ، فنقول: إن ما لا ينقل قد ثبت أنه ملك لهذا المسلم ، فإذا ظهر المسلمون عليه ؛ وجب أن لا تثبت أيدي المسلمين عليه ، ويكون للمسلم ؛ لأنه لا ينقل ولا يحول ولا تثبت اليد عليه.

وأيضا فلما كان ذلك قبل الإسلام ؛ فإن لم يزده الإسلام قوة وجبرا ؛ لم يزده أن يزيل ملكه عن الشيء الذي ينقل ، ووجب إذا دخل إلينا بأمان أن يكون كذلك ، وهذا مبني على أصلنا أن لأهل الحرب يدا وشبهة ملك على ما في أيديهم ، فإذا أسلموا عليه ؛ أقرت أيديهم عليه.

وأما الدلالة على أن [ما تحمله][(١)] زوجته لا يسبى ؛ هو أن من حكم بإسلامه تبعا لأبيه ؛ لم يجز أن يسبى ويسترق ، أصله الولد الصغير المنفصل ، ولا يلزم على هذا ولده الكبير ؛ لأنه لا يحكم بإسلامه تبعا لأبيه.

والدليل لقول مالك أن ولده وماله يكون للمسلمين إذا ظهروا عليه ؛ هو أن من أصلنا أن مال المسلم إذا حصل في أيدي الكفار ؛ حصلت لهم شبهة ملك عليه ، بدلالة أنهم لو أتلفوه ؛ [لم][(٢)] يلزمهم ضمان ، فإذا كان كذلك وأسلم هذا وترك ماله في (١٣٥) دار الحرب ؛ حصلت للمشركين يد عليه وشبهة ملك ، بدلالة أنهم لو أتلفوه ثم أسلموا ؛ لم يلزمهم غرمه ، فإذا كان كذلك ثم ظهر المسلمون عليه ؛ فقد أخذوا من المشركين ما لهم عليه يد

(١) طمس بالأصل ، والمثبت من السياق.
(٢) ساقط من الأصل ، والمثبت من السياق.

وشبهة ملك بعد أن أسلم صاحبه، وينبغي أن يكون للمسلم قبل القسمة، وبعد القسمة بالقيمة، كما نقول فيما يغنمه الكفار من المسلم ثم يظهر المسلمون عليه[1].

ويجوز أن يفرق بينهما فلا يكون لصاحبه قبل القسم ولا بعده؛ لأن هذا لم يكن ملكه مستقرا عليه قبل إسلامه؛ لأنه كان من جملة المحاربين، فضعف ملكه عن ملك المسلم، فإذا أسلم وخرج؛ زال يده وشبهة ملكه، وحصلت للمشركين، والذي كان مسلما إذا أخذ المحاربون ماله؛ فإنه انتقل من ملك صحيح مستقر إلى يد وشبهة ملك، فهو أقوى حالا ممن انتقلت يده وشبهة ملكه إلى مثلها.

وقد قال مالك في الأسير من المسلمين إذا أفلت وظهر المسلمون على ماله: فهو أحق به قبل القسم، وبعد القسم يأخذه بالثمن، فهذا يدل على ما قلته. والله أعلم.

مسألة (٢٥):

قال: ومن سرق من الغنيمة من حر أو عبد ما يجب فيه القطع؛ قطع، سواء كان السارق من الغانمين أو غيرهم.

هذا قول مالك وابن القاسم.

وقال غيرهما من أصحاب مالك: إن سرق مقدار حقه من الغنيمة؛ لم

(١) انظر ما تقدم (٨٢/٥).

يقطع، وإن سرق فوق حقه بمقدار ربع دينار؛ قطع.

قال سحنون: من المسروق نفسه[1].

وقال الشافعي: إذا سرق مقدار حقه؛ لم يقطع، قول واحد[2].

فإن كان فوق حقه من الغنيمة بمقدار ربع دينار؛ فعلى وجهين: أحدهما يقطع، والآخر لا يقطع[3]. (١٣٦)

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿وَٱلسَّارِقُ وَٱلسَّارِقَةُ فَٱقْطَعُوٓاْ أَيْدِيَهُمَا﴾[4].

فعم ولم يخص سارقا من سارق.

وقال النبي ﷺ: «القطع في ربع دينار، ولا تقطع يد السارق إلا في ربع دينار»[5].

وهو عام في كل سارق إلا أن تقوم دلالة.

والمسألة مبنية على أن الغانمين لا يملكون بنفس الغنيمة[6]؛ لأن للإمام أن يحبس الغنائم عندنا إن رأى ذلك لنائبة أو لمصلحة، ولأن أبا الغانم وابنه لو كانا في الغنيمة؛ لم يعتقا عليه قبل القسم، ولو أصابه منها نصاب؛ لم تجب

---

(١) انظر الإشراف (٤/٤٢٧ - ٤٢٧).

(٢) وذهب الحنابلة إلى أنه لا قطع عليه إذا كان السارق بعض الغانمين أو أباه أو سيده. انظر المغني (١٢/٧٤٧) وهو مذهب الحنفية أيضا. وانظر ما تقدم ص.

(٣) الحاوي الكبير (١٤/٢٠٧ - ٢٠٧) روضة الطالبين (١٠/٢٦٧).

(٤) سورة المائدة، الآية (٣٧).

(٥) تقدم تخريجه (٤/٣٠٢).

(٦) انظر ما تقدم (٥/٥٠).

الزكاة فيه من أول ما غنم، بل يستأنف، ولأن للإمام أن يمن على الأسارى وهم من جملة الغنيمة، فإذا كان هكذا؛ وجب أن يقطع من سرق منها قبل القسم ما يجب فيه القطع، وكذلك لو وطئ جارية من المغنم قبل القسم؛ لوجب عليه الحد[(١)]، وعلى قول من يقول: «لا قطع عليه»؛ لا يحده في وطء الجارية.

ووجه القول الذي يقول فيه: لا حد على السارق ولا واطئ الجارية؛ هو أن النبي ﷺ قال: «ظهر المؤمن حمى إلا بحقه»[(٢)].

فهو عام إلا أن تقوم دلالة.

وقال ﷺ: «ادرأوا الحدود بالشبهات»[(٣)].

وهذا له في المال أن يتملك؛ لأنه لو مات قبل القسم؛ قام فيه [وارثه][(٤)] مقامه، وهو بمنزلة من وطئ جارية بينه وبين آخر، ونحن نتقصى المسألة في كتاب الحدود إن شاء الله.

مَسْألة (٢٦):

قال: وإذا أسر العدو حرا مسلما فاشتراه رجل من المسلمين منهم بغير أمره؛ كان له أن يرجع عليه بما اشتراه به[(٥)].

---

(١) وقد تقدمت هذه المسألة بالتفصيل.

(٢) رواه الطبراني في الكبير (١٧/١٨٠) وقال في المجمع (٦/٢٧٧): «رواه الطبراني، وفيه الفضل بن المختار، وهو ضعيف».

(٣) تقدم تخريجه.

(٤) ساقط من الأصل، والمثبت من السياق.

(٥) انظر المدونة (١/٧٢٧) التفريع (١/٢٥١). «أما إذا كان بأمره؛ فأجمع كل من نحفظ عنه=

وبه قال أحمد بن حنبل[1].

وقال أبو حنيفة والشافعي: لا يرجع عليه بشيء مما غرمه[2].

وهذه المسألة مبنية على أصلنا فيمن قضى دين إنسان، أو غرم عنه ما لم يلزمه غرمه، مما لا بد (١٣٧) له منه مما لو امتنع منه لأجبره الحاكم عليه وسفهه بتركه، فإذا كان كذلك، وكان هذا الحر المأسور واجبا عليه أن يفتدي نفسه ويفكها من الأسر؛ فقد فعل هذا ما كان [يجب عليه.

وعن أبي حنيفة][3] أنه يقول: إن الرجل إذا غاب عن زوجته وتركها بلا نفقة، فطالب الحاكم أن يفرض لها نفقة؛ جاز أن يتقدمَ الحاكم إليها بأن يفترض على زوجها ما ينفقه، فإذا قدم زوجها؛ ألزمه الحاكم أن يؤدي إلى المفرض ما افترضته زوجته لنفقتها، وهذا المعنى موجود في مسألتنا، لأن المفرض فعل ما يلزم الزوج فعله.

والشافعي يقول: لو افترض الوصي للأيتام مالا ثم طرأ لهم مال؛ لوجب أن يقضيه من أموالهم؛ لأن المفرض فعل ما كان يجب فعله من الإنفاق على الأيتام، وهذا المعنى موجود في مسألتنا.

فإن قيل: فإن أهل الحرب لم يملكوا الحر الأسير؛ لأن الحر لا يملك

= من أهل العلم على أن الرجل إذا اشترى أسيرا من أسراء المسلمين من العدو بأمره بمال معلوم، ودفع ثمنه بأمره؛ أن له أن يرجع بذلك عليه». أفاده ابن المنذر في الأوسط (٦/٢٥٢) ونحوه في المغني (١٢/٦٦٣) وسينص المصنف على ذلك في نهاية المسألة.

(١) المغني (١٢/٦٦٣).

(٢) الأوسط (٦/٢٥٢ ـ ٢٥٤) المبسوط (١٠/٦١) روضة الطالبين (١٠/٢٩٥).

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من السياق.

بالعقود فلا يملك بالقهر والغلبة، وإذا لم يملكوه؛ لم يجز شراء الذي اشتراه، ولا يملك رقبته، فكأنه دفع ماله إلى أهل الحرب بغير أمر أحد، فلا يرجع به على غيره.

قيل: أما قولكم: «إنهم لم يملكوه بالأسر»؛ فإننا نقول: إنه يحصل لهم شبهة ملك ويد، بدليل أنهم لو قتلوه ثم أسلموا؛ لم يلزمهم قود فيه ولا دية، وإنما يراعى وقت إسلامهم وهو في أيديهم، فحينئذ نقول: إن ملكهم يزول عنه.

على أننا نقول: اعملوا على أنهم لا يملكونه ولا يحصل لهم عليه يد، أليس واجبا عليه أن يفك نفسه، فقد قام هذا مقامه فيما كان واجبا عليه.

فإن قيل: فإن من كان في ماله فضل وأمكنه فك الأسير؛ لزمه أن يفعل ذلك، فإذا فعله بغير أمر أحد؛ وقع عن الوجه المندوب إليه، له به استحقاق
(١٣٨) الثواب، [ ](١) الشيوع.

قيل: إذا كان للأسير مال؛ لزمه أن يفك نفسه، ولم يتعين على أحد فكه، فإذا قام غيره مقامه في ذلك؛ وجب عليه أن يغرم له ما لزمه، ثم إن كان الأسير معدما؛ لم يتعين فكه على زيد دون عمرو، وكان واجبا على الإمام أن [يفتديه، أو](٢) على طائفة من المسلمين دون طائفة، فإذا فكه إنسان بنية أن يرجع عليه، وأمكنه أن يعطيه ما غرمه؛ لزمه غرمه له.

فإن قيل: فإنه لو رجع على الأسير؛ لكان قد ألزمه دينا بغير أمر، والإنسان لا يملك إثبات دين في ذمة غيره من غير رضاه.

---

(١) طمس بمقدار كلمتين.

(٢) هكذا بالأصل، ولعل الصواب: ولا يجب على طائفة....

قيل: قد ينكسر بما ذكرناه من افتراض الزوجة النفقة على زوجها، وبافتراض الوصي للأيتام.

وعلى أن هذا هو أصلنا؛ لأنه فعل ما يجب عليه فعله كما يقضي عنه دينه، فلم يسلم ما ذكرتموه، ولعل هذه المسألة تجئ في موضعها إن شاء الله.

ويجوز أن نقيسه عليه لو أمره الأسير أن يفكه؛ لوجب عليه أن يغرم له ما اشتراه به، وهذا وفاق، بعلة أن الغارم فعل ما على الأسير أن يفعله، فلا فرق بين أمره له أم لا.

فإن قيل: فإن النبي ﷺ امتنع من الصلاة على من عليه دين، فلما ضمن عنه؛ صلى عليه[١].

فلو كان ضمان المال عنه وأداؤه بغير إذنه لا يوجب سقوط الدين عنه أصلا؛ لم تكن الصلاة عليه معنى لأجل الضمان.

وأيضا فإنه ضمن عنه مالا بغير إذنه، وأداه عنه كذلك، فلم يكن له الرجوع به عليه، أصله لو كان عدوا للمضمون عنه.

قيل: إن صلاة النبي ﷺ على الميت فلأنه وجد بالضمان وفاء للدين، وعلى أن الذي ضمن لم يضمن ليرجع، وأما العدو إذا ضمن على المضمون عنه؛ فإن المضمون (١٣٩) عنه، فإن كان المضمون عنه حيا؛ رجع على المضمون عنه[٢]، ويوكل من ليس بعدو بالمطالبة حتى يأخذ من المضمون عنه.

(١) سيأتي تخريجه في كتاب الضمان.

(٢) هكذا العبارة في الأصل، ولعل صوابها: وأما العدو إذا ضمن على المضمون عنه؛ فإن المضمون عنه حيا يرجع على الضامن، ويوكل...

ويحتمل أن نقول: يرجع المضمون له على المضمون عنه، فإن كان عن ميت ليرجع في تركته وليس عدوا للورثة؛ صح.

على أن هذا يلزم في الزوجة تفترض بأمر الحاكم النفقة، وفي ولي اليتيم. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَة (٢٧):

ولا يجوز الربا بين المسلم والحربي في دار الحرب، كما لا يجوز في دار الإسلام[١].

وبه قال الشافعي وأبو يوسف[٢].

وقال أبو حنيفة ومحمد: ليس بحرام، وهو جائز[٣].

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[٤].

ولم يفرق بين كونه في موضع دون موضع، فهو عموم بالتحريم.

وأيضا قوله: ﴿ٱتَّقُواْ ٱللَّهَ وَذَرُواْ مَا بَقِىَ مِنَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[٥].

وهذا أمر لم يفرق فيه بين موضع دون موضع، فتركه واجب بحق الأمر

(١) انظر الإشراف (٢/٤٦٧ ـ ٤٦٧).

(٢) المجموع (١٠/٥٧٠ ـ ٥٧١) روضة الطالبين (٣/٣٩٧) وهو مذهب أحمد أيضا. انظر المغني (٥/٤٧٢ ـ ٤٧٤) بدائع الصنائع (٩/٥٢٢).

(٣) التجريد (٥/٢٣٧٠ ـ ٢٣٧٤).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢٧٥).

(٥) سورة البقرة، الآية (٢٧٧).

الذي يقتضي الوجوب إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا فإن ما ثبت تحريمه لا يختلف حكم المسلم فيه باختلاف الدارين، ألا ترى أنه لا يجوز له أن يشتري منهم الخمر والخنزير في أي موضع كان، ولا يجوز الزنا وشرب الخمر للمسلم في أي موضع كان.

فإن قيل: فإن الآيات التي ذكرتموها إنما تفيد ما يتناوله اسم الربا، وهذا لا يحصل في مسألتنا؛ لأن هذه الزيادة غير مستحقة بالعقد، وإنما يستحق على حكم الأصل، لأن الدار دار إباحة، وأموالهم لنا مباحة، فإن الزيادة التي يأخذها المسلم من الكافر في الجنس الواحد ليس يأخذها على وجه العقد؛ لأنه لا يصح العقد مع الزيادة، وإنما يأخذها على حكم إباحة الأصل؛ لأن أموالهم مباحة لنا إلا ما حظر بعقد الأمان(١).

قيل: إذا قصد مبايعته (١٤٠) ودفع الثمن إلى الحربي؛ فهذا كعقد الأمان، فقصده البيع والشراء بالعوض لا يبيحه هذا الفعل [فاستدللنا](٢) على أن لهم شبهة ملك ويد على ما في أيديهم، فلولا البيع والمعاوضة التي وقعت بينهما؛ لم يقدر على أخذ ما في يد الكافر، ألا ترى أنه إذا دخل إليهم بأمان؛ لم يجز أن يرهن عليهم الخمر، ولا يقتل خنزيرا لهم، ولا يأخذ مالهم، وإنما يباح على وجه القهر والغلبة، وهذه الزيادة ليس يأخذها على وجه القهر والغلبة، ولو أخذها منهم على وجه البيع والشراء؛ لم يمنعه إذا أمكنه ذلك،

---

(١) «إن دخلها بغير أمان؛ فالعلة منتقضة كما إذا دخل الحربي دار الإسلام فبايعه المسلم فيها درهما بدرهمين، وأنه لا يلزم من كون أموالهم تباح بالاغتنام استباحتها بالعقد الفاسد، ولهذا تباح أيضا على نسائهم بالسبي دون العقد الفاسد». المجموع (١٠/٥٧١).

(٢) طمس بالأصل.

وإنما يمنعه إذا أخذها على هذا الوجه، ألا ترى أن قضاء القرض إذا اتصل بغير شرط جائز حسن، وبالشرط وقت القرض لا يجوز، وأشياء كثيرة تجوز على غير وجه البيع مثل هبة المجهول، وعتق المجهول، وعلى وجه البيع لا يجوز، فكذلك هذه الزيادة إذا حصلت على وجه المعاوضة؛ لم يجز.

فإن قيل: فهذه المسألة مبنية على أصلنا؛ وهو أن كل متعاقدين دخلا في عقد أمكن جعل عقدهما على الصحة؛ وجب أن يحمل عليه.

قيل: هذا إذا أمكن حمل عقدهما على الصحة في الشريعة، ولم يمنع منه [مانع][1]، وهاهنا هو غير ممكن لما بيناه.

فإن قيل: فقد روى مكحول أن النبي ﷺ قال: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب»[2].

قالوا: وهذا وإن كان مرسلا؛ فإننا وإياكم نقول به كالمتصل.

قيل: قوله ﷺ: «لا ربا» ظاهره ينفي وجوده، وهذا غير مراد؛ لأنه قد يوجد، فالمقصود منه الحكم، والحكم محذوف مضمر، فنحتاج أن نطلب المراد بالحكم المضمر، فيحتمل أن يكون أراد لا يجوز الربا بينهما، ويحتمل أن يجوز؛ لأن تقديره: لا حكم لربا بين المسلم والحربي، والحكم يحتمل

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من السياق.

(٢) ذكره الزيلعي في نصب الراية (٤/٤٤) وقال: غريب بهذا اللفظ».
وقال النووي في المجموع (١٠/٥٧١): «والجواب عن حديث مكحول أنه مرسل ضعيف فلا حجة فيه، ولو صح؛ لتأولناه على أن معناه: لا يباح الربا في دار الحرب جمعا بين الأدلة».
وذكر الوجهين أيضا ابن قدامة في المغني (٥/٤٧٤) وأما المصنف فإنه اكتفى بتأويل الحديث دون التعرض للطعن في درجته.

منع الجواز، (١٤١) ويحتمل الجواز، ولا يجوز أن يراد الأمران جميعا لتنافيهما، فإذ احتمل ما تقولون وما نقول؛ لم يكن لكم صرفه إلى ما تقولون بغير دليل إلا ولنا صرفه إلى ما نقول بغير دليل، فنتعارض، ونحتاج أن نقف فيه حتى نعلم المقصود منه.

على أن قولنا أولى لما ذكرناه.

فإن قيل: فقد روي في خبر أبي بكر رضي الله عنه أنه خاطر المشركين في دار الحرب حتى نزل قوله تعالى: ﴿الٓمٓ ۝ غُلِبَتِ ٱلرُّومُ﴾[1]، فذكر ذلك للنبي عليه السلام فقال له: زد في الخطر وأبعد في الأجل»[2].

والمخاطرة ربا قد أجازها عليه السلام بمكة؛ لأنها كانت ذلك الوقت من دار الحرب.

قيل: عن هذا جوابان:

أحدهما: أنه منسوخ.

والجواب الآخر: هو أنه ليس هاهنا ربا؛ لأن الربا هو أن يعطي شيئا ليأخذ أكثر منه، وهاهنا إنما يحصل الشيء كله في جهة واحدة، فهو كالسبق في الرمي والخيل، فليس مما نحن فيه بسبيل. وبالله التوفيق.

---

(١) سورة الروم، الآية (١).

(٢) أخرجه الترمذي (٣١٩٣) وأحمد (٢٧٦/١) وابن جرير في تفسيره (٦٥٠٠/٧) وقال الترمذي: حسن غريب، وصححه الحاكم (٥١٤/٢) على شرط الشيخين، ووافقه الذهبي.

مسألة (٢٨):

قال: وإذا رأى الإمام أن يعطي القاتل سلب مقتوله؛ أعطاه إياه من الخمس لا من رأس المال[١].

وقال الشافعي: يعطيه إياه من أصل الغنيمة[٢].

وهذه المسألة مبنية على أن القاتل لا يستحق السلب إلا أن يرى الإمام ذلك، فينادي به بعد حصول الوقعة والظفر بالغنيمة، وما حصل من الإمام على هذه الجهة؛ فإن عطاياه تكون من الخمس لا من مال الغانمين، وقد ذكرنا هذه المسألة فيما تقدم[٣]، فإذا صح قولنا في ذلك؛ صحت المسألة هاهنا.

والدليل لنا في هذه المسألة؛ ما رواه سعيد بن عبد الرحمان الجمحي، عن صالح بن محمد بن زائدة الليثي، أن مكحولا حدثهم أن رسول الله ﷺ إنما نفل من نفل يوم حنين (١٤٢) من الخمس[٤].

وروي أن سعيد بن المسيب قال: سمعت الناس يقولون: إن السلب من خمس الخمس[٥].

وقول سعيد «سمعت الناس»؛ يريد به الصحابة، فدل على أن المسألة إجماع.

---

(١) انظر التفريع (١/٢٤٧) القوانين الفقهية (١١١).
(٢) الأوسط (٦/١٠٩ ـ ١١٧) روضة الطالبين (٦/٣٧٥ ـ ٣٧٦) وهو مذهب أبي حنيفة وأحمد. انظر الهداية مع شرح فتح القدير (٥/٥٠٠ ـ ٥٠١) المغني (١٢/٥٧٣ ـ ٥٧٧).
(٣) وقد تحدث عن ذلك في المسألة الأولى من هذا الكتاب.
(٤) انظر شرح معاني الآثار (٣/١٤٨ ـ ١٤٩).
(٥) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب الجهاد، باب ما جاء في إعطاء النفل من الخمس (٢٠) ولفظه: «كان الناس يعطوْن النفل من الخمس».

وأيضا قول الله تعالى: ﴿وَٱعْلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمْتُم مِّن شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾[1].

فدل على [أن][2] أربعة أخماسه للغانمين، فلو جعلنا السلب للقاتل من جملة الغنيمة؛ نقصنا الغانمين من الأربعة أخماس التي جعلها الله لهم بحق الظاهر.

وأيضا فإن الغنيمة يستحقها الجيش بحضورهم الوقعة وإن لم يقع من جميعهم قتال، بدليل أن من مات منهم وقد حضر الوقعة ولم يقاتل ثم حيزت الغنيمة؛ فإن سهمه لورثته، والمواريث لا تجري إلا في ما يستحقه الموروث، وإذا تقرر أن أربعة أخماس الغنيمة يستحقها الغانمون؛ فلا سبيل إلى نقصانهم منه، ومن جعل السلب للقاتل من رأس المال؛ فقد نقصهم ما يستحقونه، وما أدى إلى هذا؛ لم يجب أن يعمل عليه، ولم يكن بد من صرف ذلك إلى الخمس الذي جعل للإمام التصرف فيه بما يؤدي إليه اجتهاده، إذ لا موضع له في الأربعة أخماس.

وأيضا فإنه مال مأخوذ على وجه النظر بابتداء عطية من الإمام؛ فوجب أن يكون من الخمس كالفيء.

فإن قيل: فإننا لا نسلم ذلك، بل نقول: هو مستحق وإن لم يناد به الإمام.

قيل: قد تكلمنا على هذا بما فيه كفاية في موضعه.

ونقول أيضا: إن تنفيل السرايا من الخمس، كذلك السلب، بعلة أنهما

---

(١) سورة الأنفال، الآية (٤١).

(٢) ساقطة من الأصل، والمثبت من السياق.

ابتداء عطية من النبي ﷺ من مال الغنيمة للغانمين أربعة أخماسه، فوجب أن لا يكون من رأس المال.

ويبين ذلك أن النبي ﷺ في حديث أبي قتادة قال بعد تقضي الحرب وقد حيزت الغنائم: «من قتل قتيلا له عليه (١٤٣) بينة فله سلبه»[١] [ ][٢] فيها مقدار حق الغانمين من الأربعة أخماس على ما أوجبه الله تعالى لهم بالآية، وخمسه [ ][٣] على حسب اختلاف الناس فيه، فإذا كان ﷺ قال هذا القول وجعله للقاتل بعد أن بردت الحرب وحيزت الغنائم التي قد ذكر ما للغانمين فيها، وما لأهل الخمس شيء؛ ثبت ما قلناه من ابتداء عطايا النبي ﷺ، فينبغي أن يكون من الخمس.

ونقرر أيضا أنه ﷺ ابتدأ فأعطى القاتل السلب بعد أن قال: «ما لي مما أفاء الله عليكم إلا الخمس، والخمس مردود فيكم»[٤].

على أن عطيته ذلك وغيره من الخمس المضاف إليه، ولا يكون الخمس إلا بعد حصول الأربعة الأخماس للغانمين.

وأيضا فإن جعل السلب للقاتل ابتداء من رأس المال مستحقا له بعمله قبل القتال يحثه على القتال طلبا للدنيا، فيخرجه ذلك عن خلوص نيته، ويدخل تحت قوله تعالى: ﴿مِنكُم مَّن يُرِيدُ ٱلدُّنْيَا وَمِنكُم مَّن يُرِيدُ

(١) تقدم تخريجه (٥/١١).

(٢) طمس بمقدار نصف سطر.

(٣) كلمة مطموسة.

(٤) تقدم تخريجه (٥/١٨٨).

ٱلۡأٓخِرَةَ﴾[1]، فذم من يريد بذلك الدنيا.

وكذلك أيضا يدخل تحت قوله ﷺ: «فمن كانت هجرته إلى الله ورسوله فهجرته إلى الله ورسوله، ومن كانت هجرته إلى دنيا يصيبها أو امرأة يتزوجها فهجرته إلى ذلك»[2].

فأخرجه بهذا من الجهاد، كذلك هذا إذا جعلناه له قبل القتال، وإذا لم يعلم هل يجعل له الإمام ذلك بعد الغنيمة أم لا؛ حصلت نيته، وقاتل ليحوز الثواب.

وكذلك جعل النبي ﷺ يوم حنين قال: «من قتل قتيلا له عليه بينة فله سلبه»[3].

قاله بعد أن برد القتال وحيزت الغنيمة [ ][4] ما يفعله الإمام على هذا على هذا (١٤٤) الوجه فهو ابتداء عطية منه، ينبغي أن لا يكون من حقوق الغانمين، وأن يكون مما إليه صرفه على وجه الاجتهاد.

فإن قيل: فقد روى أنس عن النبي ﷺ قال يوم حنين: «من قتل كافرا فله سلبه». فقتل أبو طلحة يومئذ عشرين رجلا فأعطاه النبي ﷺ أسلابهم[5].

وأيضا ففي حديث سلمة بن الأكوع ـ وهو أجود حديث في الباب ـ

(١) سورة آل عمران، الآية (١٥٢).
(٢) تقدم تخريجه (٢/٨).
(٣) تقدم تخريجه (٥/١١).
(٤) ممحو بمقدار سطر.
(٥) تقدم تخريجه (٥/١٦).

حيث قتل الطليعة فجعل النبي ﷺ له سلبها أجمع[1].

ولم تكن هناك غنيمة غير هذا.

قيل: أما الحديث الأول؛ فليس بصحيح، ولا يثبت الاستحقاق بمثله، وقد قال مالك: لم يبلغني أن النبي ﷺ قال: «من قتل قتيلا فله سلبه» قبل حنين، وقد كان قبلها أسلاب كثيرة في غزوات كثيرة[2]، ولو كان هذا صحيحا؛ لعمل به أبو بكر وعمر بعد النبي ﷺ، ولم يفعلا، ولا صح عن أحد من الصحابة أنهم دفعوا السلب إلى القاتل، ولا عملوا بذلك وهم الخاصة من الصحابة، ولم يكن يفارق النبي ﷺ في غزواته، ومحال أن يذهب عليهم ما استدركه من بعدهم.

وأما حديث سلمة بن الأكوع في قتله الطليعة وأخذ أسلابها؛ فإن هذا كان مستحقا لكل الغنيمة إلا الخمس منها، فترك النبي ﷺ له الخمس زيادة على الأربعة الأخماس التي له، وهذا يجوز عندنا، كما لو رأى الحظ في رد الخمس في وقت من الأوقات على الغانمين؛ لفعل؛ لأن الخمس إليه يصرفه على ما يؤدي إليه اجتهاده، فلا دليل علينا في هذا.

فإن قيل: فإنه مال مأخوذ من الغنيمة، لا يفتقر سببه إلى اجتهاد الإمام، فوجب أن لا يعتبره من الخمس، أصله سهم الفارس.

قيل: لا نسلم لكم هذا الوصف (١٤٥) لان [ ][3] القاتل باجتهاد

(١) تقدم تخريجه (٥/١٠٦).

(٢) انظر الموطأ (٢/١٣).

(٣) طمس بمقدار ثلث سطر.

الإمام، وأما سهم الفارس؛ فليس كذلك.

على أن سهم الفارس يستوي فيه القاتل وغير القاتل، فينبغي أن يكون السلب مستحقا للقاتل وغير القاتل ممن حضر الوقعة.

فإن قيل: فإن في تخصيص القاتل بالسلب مصلحة للغنيمة والغانمين، وكل مال كان فيه مصلحة للغنيمة والغانمين؛ كان من أصل الغنيمة، فلا معتبر بالخمس كأجرة النقالين والحفاظ وما أشبه بذلك.

قيل: هذا غلط وليس مصلحة، بل هو مفسدة للغنيمة والغانمين إذا جعل مستحقا للقاتل على هذا الوجه، فأما فساد الغنيمة على الغانمين؛ فهو أن حقهم ينقص في مالهم، وأما فساد الغانمين؛ فإنه يؤدي إلى أن يبذلوا أنفسهم ودماءهم لطلب الدنيا والحرص على السلب، وترك خلوص نياتهم له تعالى، فصار ترك ذلك مصلحة على ضد ما ذكرتم.

وأما النقالون والحفاظ؛ فلا بد للغنيمة والغانمين من ذلك، فليس يختص به بعضهم دون بعض، ولا يؤدي إلى ما ذكرناه من ترك خلوص النيات في القتال.

فإن قيل: فهذا يلزمكم مثله إذا أعطي القاتل السلب من الخمس.

قيل: إنما نقول: إنه مستحق له، وهو يدخل الحرب ولا يدري هل يعطيه الإمام ذلك أو لا، وليس كذلك إذا دخل على أن يأخذ السلب مستحقا له بالقتل.

فإن قيل: أليس هو ذا يأكلون الطعام، ويذبحون المواشي في أرض العدو من رأس المال، فلا ينكر أن يختص القاتل بالسلب من رأس المال.

قيل: عن هذا جوابان:

أحدهما: أن الطعام لهم ضرورة إليه، فهو مباح لمن احتاج إليه منهم، لا يختص به محتاج دون محتاج، (١٤٦) لأنهم يتقوون به على عدوهم، ومنعهم منه يضعفهم، وليس كذلك السلب؛ لأنه يختص به القاتل.

والجواب الآخر: هو أن الطعام في أرض العدو يقل خطره، ولعل أكثره يرمى به، ويشتغلون عنه بما له قيمة إلا مقدار ما يحتاج إليه.

فإن قيل: فإنه إذا كان من الخمس؛ لم يكن بد من تقويمه وحسابه، ولم ينقل ذلك فيما دفعه النبي ﷺ من السلب.

قيل: هذا مما لا يحتاج إلى نقله لأننا نعلمه، كما أن أفراد الأربعة أخماس لا بد فيه من التقويم والحساب، ولم ينقل لعلمنا به.

فإن قيل: فإن ما رويتموه من حديث مكحول مرسل.

قيل: المرسل عندنا والمسند سواء.

فإن قيل: فإن قول سعيد بن المسيب: «سمعت الناس» لا يجيء منهم إجماع؛ لأنه لم يلق الصحابة كلهم، ويجوز أن يكون قوله «سمعت الناس» يريد التابعين.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه لم يفرق بين من لقيه من الصحابة وبين التابعين، فقوله متوجه إلى الجميع إلى من لقيه من الصحابة والتابعين، فلو كان فيه خلاف؛ لم يعم الناس.

والجواب الآخر: هو أنه لو أراد التابعين؛ لكان هذا عصرا آخر، وإجماع أهل الأعصار عندنا وعندكم حجة.

وأيضا فإننا نقول: إن السلب غنيمة مغنومة بالإيجاف، ولم يخمس، فلو كان من رأس الغنيمة؛ لوجب أن يخمس كما تخمس الغنائم؛ لأن الله تعالى قال: ﴿وَٱعۡلَمُوٓاْ أَنَّمَا غَنِمۡتُم مِّن شَيۡءٖ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُۥ﴾[1].

و«شيء» نكرة، فلا شيء إلا وفيه الخمس، والسلب شيء غنيمة لا شك فيه.

ومما يبين صحة قولنا؛ أن المخالف يقول: إذا قُتل كافر من المحاربين فادعى اثنان قتله، كل واحد منهما يقول: أنا قتلته، ولا بينة له، وأقر ما في الجيش (١٤٧) أنهم لم يقتلوه؛ فإن سلبه فيء جميع الجيش، وهذا ترك منه لقوله؛ لأن إقرارهم أنه لم يقتله؛ لم يستحق من سلبه شيئا، مع إقراره أنه لا حق له فيه، وكان أقل الأحوال أن نقسمه بين المدعيَين، فأما أن نعطيه من يقول: لا أستحقه؛ فهو ترك لقوله. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَة (٢٩):

إذا وقع الصبي وأمه في السبي؛ لم يفرق بينهما في القسم ولا في البيع حتى يثغر[2].

وقد روي عن مالك: حتى يبلغ.

(١) سورة الأنفال، الآية (٤١).

(٢) أي تسقط أسنانه أو رواضعه. انظر القاموس (١/٤٦٠).

واختلف قول الشافعي؛ فقال في أحد قوليه: حتى يبلغ سبع سنين أو ثمان.

وقال أبو حنيفة: حتى يبلغ.

ولم يختلف أبو حنيفة والشافعي في ولد الحرة أنه يخير إذا بلغ سبع سنين أو ثمان.

واختلف قول مالك فيه أيضا كما اختلف في ولد الأمة.

وحكي عن أحمد بن حنبل أنه لا يفرق بينهما وإن بلغ[1]، وهذا في ولد المسبية، وفي ولد أمة الإنسان وإن لم تكن مسبية.

والخلاف فيما بيننا وبين أبي حنيفة والشافعي قريب؛ لأننا نقول مثل قول كل واحد منهما[2].

والخلاف البيّن بين الفقهاء وبين أحمد بن حنبل[3].

والدليل لقولنا على أحمد؛ هو أنه إنما لم يجز التفرقة بينه وبين أمه إذا كان صغيرا هو لأحد أمرين:

إما لأن ذلك حق للولد لدخول الضرر عليه، لأنه يعدم الحضانة،

---

(١) وهي إحدى الروايتين عن أحمد لعموم الخبر، ولأن الوالدة تتضرر بمفارقة ولدها الكبير، ولهذا حرم عليه الجهاد بدون إذنهما. وعنه رواية أخرى مثل الجمهور، وقيّد الصغر بما دون البلوغ. انظر المغني (١٢/٦٢٧).

(٢) انظر الكافي لابن عبد البر (٢٠٩) القوانين الفقهية (١١٠) الأوسط (٦/٢٦٠ ـ ٢٦٧) الحاوي الكبير (١٤/٢٤٢ ـ ٢٤٥) روضة الطالبين (١٠/٢٥٧).

(٣) المغني (١٢/٦٢٦ ـ ٦٢٩).

والشفقة، والقيام به من حيث لا يتأتى للقيام بنفسه، وهذا المعنى معدوم فيه إذا بلغ؛ لأنه يختار لنفسه، ويتأتى له، أو لا يحتاج إلى الحضانة والشفقة إلا بمثل ما يحتاج إليه الشيخ الذي لا أهل له.

أو يكون منع التفرقة في الصغر لحق الأم لما ينالها عليه من الرفق والشفقة [والتحنن][1]، ولأنه لا يتأتى لنفسه ولا يختار، وهذا المعنى عدم عنه إذا بلغ، فيكون [قد استقل بنفسه، وتحت نظره وتصرفه كما إذا كبر][2] (١٤٨) وتزوج ورزق الإماء والأولاد، فله أن يذهب بحيث يختار. وبالله التوفيق.

فَصْلٌ

فأما التفرقة بين الولد وبين أبيه؛ فتجوز عند مالك.

ولا يجوز عند أبي حنيفة.

واختلف قول الشافعي فقال: يجوز، وقال: لا يجوز[3].

والدليل لنا بجوازه هو أنه لما لم يجز التفرقة بينه وبين أمه لأن في الأم حرمته وحضانته ما ليس للأب، فلو فرق بينه وبينها لعدم الحضانة التي ليست لغيرها فيه؛ لكان عليه ضرر في ذلك، فلم يفرق بينهما، والأب ليس كذلك لأنه إنما يتكلف له من يحضنه ويمسكه، فكونه مع أبيه ومع غيره سواء، وليس كونه [مع أمه][4] ككونه مع غيرها؛ لأنه يفقد الحضانة التي في الأم،

(١) كلمة غير واضحة بالأصل، والمثبت أقرب إلى رسمها.

(٢) طمس بالأصل بمقدار نصف سطر، والمثبت بالمعنى.

(٣) انظر المصادر السابقة.

(٤) ساقطة من الأصل.

وهذا موجود في الرجال مع الصبيان، فلا ضرر على الصبي في التفرقة بينه وبين أبيه.

وأيضا فإن النبي ﷺ أكثر ما غلظ في الأم فقال: «لا تُولَّه والدة عن ولدها»[(١)].

وقال: «من فرق بين والدة وولدها؛ فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»[(٢)].

ودليله أن غير الأم بخلافها.

فإن قيل: فقد روي عن عثمان رضي الله عنه أنه قال: «لا يجوز أن يفرق بين الولد والوالد في البيع»[(٣)].

ولا يعرف له مخالف.

قيل: إن صح؛ فيجوز أن يعني به الوالدة فسقطت الهاء عن الراوي، إذ لو كان صحيحا؛ لجاز أن يذكره النبي ﷺ مع تكراره أمر الأم مع ولدها[(٤)].

ويجوز أن يكون هذا مذهبا لعثمان؛ لأنه لم يشهد هذا من قوله ومذهبه،

---

(١) أخرجه البيهقي (٧/٧) وقوله: لا توله: أي لا يفرق بينهما، وكل أنثى فارقت ولدها فهي واله، والوله ذهاب العقل، والتحير من شدة الوجد. انظر النهاية (٩٧٩).

(٢) أخرجه الترمذي (١٢٧٣) وأحمد (٤١٣/٥) والحاكم (٧٢/٢) والدارقطني (٦٧/٣) وابن المنذر (٢٦٠/٦) وصححه الحاكم، ووافقه الذهبي، وقال الترمذي: حسن غريب.

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٥٣٢١) وابن المنذر (٢٦١/٦) والبيهقي (٢١٣/٩).

(٤) يرده أنه ورد بلفظ آخر وهو: لا تفرق بين الوالد وولده. وهو عند ابن المنذر. ولا يجوز أن يدعى هنا أيضا أن الهاء ساقطة؛ لأنه يلزم منه أن تكون الألف التي بعد الهاء أيضا ساقطة من الولد.

ولا انتشر عن الصحابة.

فإن قيل: فإن الأب وإن لم تكن فيه حضانة؛ فإن فيه شفقة ليست في غيره، فهو لا محالة يعدم تلك الشفقة بالتفرقة.

قيل: أما الصبي إن كان مملوكا والأب مملوك؛ فإن الشفقة من الموالي على الصغير الذي هو مملوكهم لعلها أكثر من شفقة أبيه مشغولا بخدمته عنهم (١٤٩) ويكون في غير منزلهم، والأم وإن كانت مملوكة لهم؛ فعادتها خدمتهم في منزلهم حيث يكون ولدها الصغير معها، وليس في الأب من الشفقة عليه مع حضانته له إلا ما في مواليه، وليس كذلك الأم.

فإذا ثبت لنا هذا في الأب؛ فهو في الجد أولى، وفي الأخوين، ومن عدا الأم؛ لأن فيه أيضا خلافا بين الفقهاء. وبالله التوفيق.

فَصْلٌ

قد ذكرنا المنع من التفرقة، فإن بيعت دونه أو بيع دونها؛ فإن البيع فاسد.

قال القاضي: رأيت لمالك قولا أنه إذا بيع؛ فسخ البيع إلا أن تختار الأم ذلك.

وقال الشافعي: البيع فاسد[1].

وقال أبو حنيفة: البيع صحيح، والنهي ليس بإيجاب، وإنما هو كراهية[2].

---

(١) وهو قول أبي يوسف. انظر التجريد (٥/٢٦٥١).

(٢) انظر التجريد (٥/٢٦٥١ ـ ٢٦٥٤) والمصادر السابقة.

والدليل لنا ما رواه الحكم، عن ميمون بن أبي شبيب، عن علي رضي الله عنه أنه فرق بين امرأة وولدها، فنهى النبي عليه السلام عن ذلك، ورد البيع.

وهذا نص في رد البيع، ذكره أبو داود في السنن(١).

وروى ابن أبي ذئب، عن جعفر بن محمد، عن أبيه، عن جده: أن أبا أسيد جاء بسبي من البحرين فصُفّوا، فوقف رسول الله صلى الله عليه وسلم ينظر، فنظر إلى امرأة تبكي، فقال لها: ما بالك تبكين؟ فقالت: قد بيع ولدي في بني عبس، فقال عليه السلام لأبي أسيد: «لتركبن ولتجيئن به كما بعته، فركب ورده من اليمن، وقال عليه السلام: «لا يفرق بين امرأة وولدها في البيع»(٢).

فهذا نهي، والنهي يقتضي الفساد.

وهذا خبر مروي رواه أبو موسى، وقد قال عليه السلام: «من أحدث في أمرنا ما ليس منه فهو رد»(٣).

وأيضا فإن البيع إذا كان في المعنى [ ](٤) فإنه يبطل العقد بلا خلاف، كبيع المجهول والعبد الآبق، والتفريق في البيع بين الأم وولدها لمعنى [ ](٥)

---

(١) برقم (٢٦٩٦) وأعله بالانقطاع لأن ميمونا لم يدرك عليا. وأخرجه الحاكم (٢/٧١) والبيهقي (٩/٢١٢). ويشهد له ما تقدم وما سيأتي.

(٢) أخرجه الحاكم (٣/٦٢٧) وابن المنذر (٦/٢٦٢) والبيهقي (٩/٢١٢) وصححه الحاكم، وقال الذهبي: مرسل، وقال البيهقي: هذا وإن كان فيه إرسال؛ فهو مرسل حسن شاهد لما تقدم.

(٣) تقدم تخريجه (٢/١٩١).

(٤) طمس بمقدار كلمتين.

(٥) ممحو بمقدار نصف سطر.

عليه، والأم مما [ ][1] (١٥٠) [ ][2] وما يعدمه الولد من الحضانة.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰاْ﴾[3].

وقال: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[4].

قيل: ما نهى عنه؛ فليس يحتمل، وقوله ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[5] أي بأحكامها، والوفاء بحكمه أن يقع على ما تقتضيه الشريعة، وقد بينا أنه بخلاف الشريعة.

على أنه لو كان عموما؛ لجاز أن يخص بما ذكرناه.

فإن قيل: فإن كل شيئين جاز المنع بينهما في البيع؛ جاز إفراد كل واحد منهما بالبيع، كالثوبين وغير ذلك.

قيل: المعنى فيه أنه ليس هناك منع، ولو كان منعا؛ فليس في المعقود عليه، وقد روي أن النبي ﷺ قال: «ملعون من فرق بين امرأة وولدها»[6].

ولأنه عقد بيع يقع به فرقة بين الصغير وأمه؛ فوجب أن يمنع منه كولد المدبرة.

---

(١) ممحو بمقدار كلمتين.

(٢) طمس بمقدار كلمتين.

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٧٥).

(٤) سورة المائدة، الآية (١).

(٥) سورة المائدة، الآية (١).

(٦) أخرجه الدارقطني (٦٧/٣) الحاكم (٧٢/٢) من حديث عمران بن حصين، وصححه ووافقه الذهبي. ولفظه: «ملعون من فرق»، وقال الدارقطني: هذا مبهم، وهذا عندنا في السبي والولد.

وقد روي: «من فرق بين امرأة وولدها؛ فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة»[1].

وروي عنه ﷺ أنه قال: «لا توله والدة على ولدها»[2]. تم الجهاد[3].

(١) تقدم تخريجه (٥/١٨٨).

(٢) تقدم تخريجه (٥/١٨٨).

(٣) هذا ما وجد من كتاب الجهاد، ويظهر من خلال عيون المجالس أنه لا زالت في هذا الكتاب تسع مسائل. نسأل الله أن ييسر إيجادها.

الجزية[1]

مَسْألة (٣٠):

قال مالك: أكثر الجزية أربعة دنانير أو أربعون درهما، ولا حد لأقلها[2].

وقيل: أقلها دينار أو عشرة دراهم، ذكره ابن أبي زيد[3].

(١) الجزية في اللغة: خراج الأرض وما يخرج من الذمي، وفي الشرع: «ما ألزم الكافر من مال لأمنه باستقراره تحت حكم الإسلام وصونه، هذا في الجزية العنوية، وأما الجزية الصلحية فهي ما التزم كافر لمنع نفسه أداءه على إبقائه ببلده تحت حكم الإسلام حيث يجري عليه».
انظر القاموس (٣٥٦/٤) شرح حدود ابن عرفة (٢٢٧/١ ـ ٢٢٧).

(٢) في عيون المجالس (٧٥٤/٢ ـ ٧٥٦) اختلاف شديد بين ما هاهنا وزيادة عليه، ونص العبارة هناك: أكثر الجزية على أهل الذهب أربعة دنانير وعلى أهل الورق أربعون درهما، ومن لم يطق منهم هذا المقدار؛ أخذ منه على قدر طاقته، ومن لم يجد منهم؛ لم يطالب بشيء.
وقال أبو حنيفة: على الموسر منهم ثمانية وأربعون درهما، وعلى المتوسط أربعة وعشرون درهما، وعلى الفقير الذي يكتسب اثنا عشر درهما.
وقال الشافعي: يطالب كل واحد منهم على قدر طاقته وحاله، والمتحمل الذي معه شيء يسير يطالب بدينار، والمتوسط بدينارين، والموسر بأربعة دنانير، لا يجوز أن يحقن دماؤهم بأقل من هذا.
وإن امتنعوا وقالوا لا نعطي أكثر من دينار؛ فقد حرم قتالهم ببذل الدينار، سواء كان الباذل موسرا أو متوسطا أو متحملا.
وقال الثوري: هو إلى اجتهاد الإمام فإن شاء حقن دماءهم بدانق، وإن شاء بعشرة دنانير».

(٣) لعله ذكره في كتابه المختصر، وسيشير إليه المصنف في المسألة الآتية.

وذكر عن ابن نافع قال: ومتى افتقر؛ خفف عنه ولم نوجبه[١].

وبنحو قول مالك يقول أبو حنيفة[٢].

وقال الشافعي: الجزية دينار[٣].

واستدل أصحابه بأن النبي ﷺ قال لمعاذ: «خذ من كل حالم دينارا»[٤].

وهذا بيان لشرع.

وأخذ من أهل أيلة[٥] وهم ثلاثمائة رجل ثلاث مائة دينار[٦]، وكذلك

---

(١) انظر التفريع (١/٢٥٧) الكافي (٢١٧) بداية المجتهد (٣/٤٩١ ـ ٤٩٤).

(٢) الجزية عند أبي حنيفة اثنا عشر درهما، وأربعة وعشرون، وثمانية وأربعون، فالمعتمل الذي يكتسب أكثر من حاجته ولا مال له يؤخذ منه كل سنة اثني عشر درهما، والمعتمل الذي له مال ولكنه لا يستغني بماله عن العمل؛ يؤخذ منه أربعة وعشرون درهما في كل سنة، والفائق في الغنى وهو صاحب المال الكثير الذي لا يحتاج إلى العمل؛ يؤخذ منه ثمانية وأربعون درهما. انظر التجريد (١٢/٦٢٣٦ ـ ٦٢٣٩) المبسوط (١٠/٧٧) وعليه فعبارة المصنف هنا فيها نظر بين، والعبارة في عيون المجالس سليمة. وبمذهب أبي حنيفة قال الإمام أحمد أيضا. انظر المغني (١٢/٧٦٦ ـ ٧٦٧).

(٣) الأم (٥/٤٢٣ ـ ٤٢٦) روضة الطالبين (١٠/٣١١).

(٤) أخرجه أحمد (٥/٢٣٠) وأبو داود (٣٠٣٨).

(٥) «أيلة: بفتح الهمزة وإسكان الياء المثناة تحت، وفتح اللام: بلدة معروفة في طرف الشام على ساحل البحر، متوسطة بين المدينة النبوية ودمشق ومصر، بينها وبين المدينة نحو خمس عشرة مرحلة، وبينها وبين دمشق نحو اثنا عشرة مرحلة، وبينها وبين مصر نحو ثمان مراحل. قال صاحب المطالع: قال أبو عبيدة: هي مدينة بين الشام. وقال الحازمي في مؤتلفه: هي بلدة بحرية، قيل: هي آخر الحجاز وأول الشام». البدر المنير (٩/١٩٧).

(٦) أخرجه عبد الرزاق (٦/٧٦) والشافعي في الأم (٥/٤٢٥) ومن طريق البيهقي في الكبرى (٩/٣٢٧) وهو مرسل.

من أهل هجر[1].

قالوا: ولو اختلفت بالغنى والفقر؛ لم تتقدر بمقدار كالنفقات، فلما تقدرت؛ علم أنها غير مبنية على ما تزعمون.

والجواب أن هذا (١٥١) لا يلزم، والذي يدل على صحة قولنا أن عمر بن الخطاب حكم بذلك بحضرة الصحابة فلم ينكره أحد[2]، فحل محل الإجماع.

وقال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَٰغِرُونَ﴾[3].

ولم يخص القليل من الكثير، فهو على عمومه.

وقال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[4].

وقال: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾[5].

وما دون الدينار؛ قياس الدينار، بعلة أنه لا يطيق أكثر من ذلك.

فأما الحديث الذي استدلوا به؛ فإنه محمول على الإطاقة، وكذلك ما روي في أهل أيلة وهجر على هذا المعنى نتأوله بدلالة ما روينا عن عمر.

فإن قيل: المعنى فيما روي عن عمر أنهم بذلوا ذلك كأنهم أطاقوا الدينار، فلم يقتصر منهم على أقل منه، ولم يطيقوا أكثر من ذلك، فلذلك لم يرد

---

(١) انظر الأم (٥/٤٢٤).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (٦/٧٥ ـ ٧٦) وابن أبي شيبة (١١/٢٦٥ ـ ٢٦٦) والبيهقي (٩/٣٢٩) وذكره الشافعي في الأم (٥/٤٢٧).

(٣) سورة التوبة، الآية (٢٩).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢٧٦).

(٥) سورة الطلاق، الآية (٧).

عليهم، لا أن ذلك يجب عليهم؛ لأنه لم يرو عنه أن ذلك واجب عليهم، وإنما روي الأخذ، ولا يمنع منه.

قيل: هذا يلزمكم فيما أخده معاذ فيقال: أخذه لأنهم بذلوا ذلك، لا أن ذلك واجب عليهم، فلما لم يلزمكم هذا لأنه حكم من النبي ﷺ، وتأويله الوجه الذي بيناه؛ فكذلك في ما رويناه عن عمر رضي الله عنه هو حكم منه بحضرة الصحابة وجب أن يحمل الجميع على الموافقة، وهذا مع الإمكان واجب.

وما ذكروه من أن حديث معاذ بيان شرع؛ فحكم عمر أيضا كذلك، فوجب أن يسلك به أيضا ما قلناه، ليترتب ويستعمل الجميع.

وأما القياس الذي ذكروه؛ فيعارضه مثله، وذلك أنا لو صالحناه على أكثر من دينار وأربعة [دراهم][(1)]؛ لزمه ذلك؛ لأنه غني يطيق ذلك، فلم يجز الاقتصار منه على دينار، فكذلك ما تنازعناه.

وقياسنا يرجح باستعمال الأخبار.

وقولهم: «لو اختلفت بالغنى والفقر؛ لم تتقدر كالنفقات»؛ فإنه يفسد؛ لأن النفقات غير مقدرة بتة إلا بالحكم، (١٥٢) والمخالف قد قدر أقل الجزية بالدينار، فالذي ذكره عليه لا له، ولو استدللنا بما ذكره على صحة قولنا؛ جاز، وذلك أن النفقات غير مقدرة، كالجزية أوجبها الله تعالى غير مقدرة، ثم حكم النبي ﷺ بدينار في حديث معاذ، وحكم عمر بحضرة الصحابة بما ذكرناه ولا منكر له، فوجب أن يصار إلى الجميع، كما إذا حكم الحاكم بنفقة مقدرة يجب المصير إليها.

---

(١) لسيت في الأصل.

مَسْأَلة (٣١):

عند مالك تؤخذ الجزية من عبدة الأوثان وكل المشركين، غير المرتدين وقريش[١].

وفي مختصر ابن أبي زيد[٢]: ويقاتل جميع الأمم حتى يسلموا أو يؤدوا الجزية.

وبه قال أبو حنيفة[٣].

وقال الشافعي: لا تقبل الجزية إلا من أهل الكتاب أو من لهم شبهة كتاب[٤].

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿فَٱقۡتُلُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ..﴾ الآية[٥]، فأمر بقتلهم وقتالهم حتى يسلموا، ويقيموا الصلاة، ويؤتوا الزكاة.

وقال تعالى: ﴿وَقَٰتِلُوهُمۡ حَتَّىٰ لَا تَكُونَ فِتۡنَةٞ﴾[٦].

وقال ﷺ: «أمرت أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله»، الحديث[٧].

---

(١) انظر التفريع (٢٥٧) الكافي (٢١٧) بداية المجتهد (٣/٤٩٠).

(٢) واسمه مختصر المدونة، ذكره له غير واحد، منهم القاضي عياض في ترتيب المدارك (٣/٢٤٩) ومخلوف في شجرة النور الزكية (١/١٤٤).

(٣) التجريد (١٢/٦٢٢٩ ـ ٦٢٣٥).

(٤) «واختلف قوله في المجوس هل كان لهم كتاب أم شبهة كتاب، على قولين، أظهرهما الأول، وقطع به بعضهم». الروضة (١٠/٣٠٤) وانظر الأم (٥/٣٩٩ ـ ٤٠٣) وذهب ابن حزم إلى مذهب الشافعي. انظر المحلى (٥/٤١٣ ـ ٤١٤) وهو ظاهر مذهب أحمد كما في المغني (١٢/٧٦٤ ـ ٧٦٥).

(٥) سورة التوبة، الآية (٥).

(٦) سورة الأنفال، الآية (٣٩).

(٧) تقدم تخريجه (٥/٢٢٩).

قالوا: ففيه دليلان:

أحدهما: إيجاب القتال حتى يقولوا لا إله إلا الله.

والثاني: أن بهذه الكلمة تحقن دماؤهم وأموالهم، فدل على أن بغيرها لا يقع الحقن.

قالوا: ولا يجوز أن يكون أهل الكتاب داخلين تحت هذه الجملة؛ لأنهم يقولون لا إله إلا الله، فدل على أن المراد أهل الأوثان.

قالوا: وامتنع عمر رضي الله عنه من أخذ الجزية من المجوس، حتى قال عبد الرحمن بن عوف ما قال[1]، وذكر بمحضر الصحابة، ولم يقل أحدهم: [هؤلاء][2] مشركون فلِمَ لا يأخذها منهم؟.

قالوا: ويدل على هذا أن رسول الله ﷺ لم يدْع قريشا قط إلى إعطاء الجزية، فصح أن حقن دماء غير أهل الكتاب لا يقع إلا (١٥٣) [بالدخول في][3] الإسلام.

ولأنهم قياس المرتدين وقريش؛ لأنهم لا كتاب لهم ولا شبهة كتاب.

الجواب: وهذا لا يلزم، والذي يدل على صحة قولنا؛ ما روي أن النبي ﷺ كان يوصي أمراء السرايا ويعلمهم فيقول: «إذا لقيتم المشركين فادعوهم إلى الإسلام، فإن أجابوا وإلا فالجزية، فإن أعطوا وإلا فقاتلوهم»[4].

(١) أخرجه البخاري (٣١٥٦ ـ ٣١٥٧).

(٢) ليست في الأصل: والسياق يدل عليها.

(٣) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

(٤) أخرجه مسلم (٢/١٧٣١) عن بريدة بن الحصيب قال: «كان رسول الله ﷺ إذا أمّر أميرا على=

وكان لا ينص على مشرك دون مشرك، بل يعم، وهو قياس أهل الكتاب بعلة [ ][1] لم يحرموا بالإسلام، فلما جاز أن يسترقهم؛ جاز أن يأخذ الجزية منهم، عكس المرتد لما لم يجز أن يسترقه؛ لم يجز أخذ الجزية منه.

فإن قيل: هذا يلزمك في قريش.

قيل: قريش أسلمت كلها يوم الفتح، فإذا وجد أحدهم كافرا؛ كان مرتدا، والمرتد لا تؤخذ منه الجزية؛ لأنه لا يسترق على ما بينا، فلم يلزمنا.

وأما الجواب [عن الآية][2] التي تعلقوا بها؛ فمحمولة على ما [ ][3] قوله تعالى: ﴿قَـٰتِلُوا۟ ٱلَّذِينَ لَا يُؤْمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلْيَوْمِ ٱلْـَٔاخِرِ﴾ إلى أن قال ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُوا۟ ٱلْكِتَـٰبَ﴾[4].

= جيش أو سرية أوصاه في خاصته بتقوى الله، ومن معه من المسلمين خيرا، ثم قال: اغزوا باسم الله، في سبيل الله، قاتلوا من كفر بالله، اغزوا، ولا تغلوا، ولا تغدورا، ولا تمثلوا، ولا تقتلوا وليدا، وإذا لقيت عدوك من المشركين؛ فادعهم إلى ثلاث خصال أو خلال، فأيتهن ما أجابوك؛ فاقبل منهم وكف عنهم، ثم ادعهم إلى الإسلام، فإن أجابوك؛ فاقبل منهم وكف عنهم، ثم ادعهم إلى التحول من دارهم إلى دار المهاجرين، وأخبرهم أنهم إن فعلوا ذلك؛ فلهم ما للمهاجرين، وعليهم ما على المهاجرين، فإن أبوا أن يتحولوا منها؛ فأخبرهم أنهم يكونون كأعراب المسلمين، يجري عليهم حكم الله الذي يجري على المؤمنين، ولا يكون لهم في الغنيمة والفيء شيء إلا أن يجاهدوا مع المسلمين، فإن هم أبوا؛ فسلهم الجزية، فإن هم أجابوك؛ فاقبل منهم وكف عنهم، فإن هم أبوا؛ فاستعن بالله وقاتلهم..». الحديث.

(١) ممحو بمقدار كلمتين.

(٢) ساقط من الأصل، والمثبت من السياق.

(٣) كلمة مطموسة.

(٤) سورة التوبة، الآية (٢٩).

فقد دللنا على أن من لم يؤت الكتاب؛ بمنزلتهم في الحكم والقياس بدليل يسقط معه دليل الخطاب.

وقوله ﷺ: «إلا بحقها»(١)؛ فمن حقها إعطاء الجزية حسب ما دللنا عليه.

فإن قيل: أهل الكتاب لا يدخلون في ذلك؛ لأنهم قائلون بلا إله إلا الله، فصح أن المراد غيرهم.

قيل: لما صح أن من حق الكف عن قتال أهل الكتاب إعطاؤهم الجزية؛ فكذلك غيرهم من المشركين للمعنى الذي بيناه.

وأما قولهم: إن هذا إجماع الصحابة؛ لأن عمر امتنع أن يأخذ الجزية من المجوس حتى جرى فيه ما لا يخفى عن الصحابة، فلو جاز ذلك؛ لقالوا: هم مشركون لم لا يأخذها منهم؟ وهذا أظهر من أن ينتظروا فيه الخبر عن عبد الرحمن بن عوف.

الجواب: **فإننا نقول**: إنا لم ندع نصا ورد في أخذ الجزية من عبدة الأوثان فيلزمنا ما ذكر، وإنما توقفوا عن الحكم في حال الحادثة الواقعة لمعنى [يقاس الفرع](٢) عليه، (١٥٤) وهذا يحتاج إلى تأمل وتدبر، واختبار الفرع بالأصل، وكيف يشتبهان، ومن أي وجه يرد إليه، حتى قال عبد الرحمن ما قال من أن النبي ﷺ قال: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»(٣)، فاستغنوا به

(١) تقدم تخريجه (٥/٢٢٩).

(٢) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

(٣) أخرجه مالك في الموطأ كتاب الزكاة باب جزية أهل الكتاب والمجوس.

حينئذ عن الاعتبار لما جاء النص، فلم يلزمنا ما قالوا؛ لأنا لم ندع نصا في عبدة الأوثان، وإنما اعتبرنا حالهم بحال غيرهم من المشركين، وكان المعنى في توقف عمر ﷺ ما ذكرناه.

وأما قريش؛ فإن النبي ﷺ لم يؤمر بأن يعمل في أموالهم إلا أن يسلموا أو يُقتلوا، فلذلك كان ترك دعائهم إلى إعطاء الجزية، ألا تراه في غيرهم لم يميز بين أهل الكتاب وعبدة الأوثان لما قال: «ادعهم إلى شهادة أن لا إله إلا الله، فإن أجابوا وإلا فالجزية، فإن أجابوا وإلا فقاتلهم»[١] على ما بينا.

وأما قياسهم؛ فمنتقض بالمجوس.

فإن قيل: فهم أهل الكتاب.

قيل: كيف يدعى هذا وأصحاب رسول الله ﷺ قد أجمعوا على خلافه بدلالة قول عمر ﷺ: «ما أدري ما أصنع بالمجوس، وشاور الصحابة في ذلك[٢]، فلو كانوا أهل الكتاب؛ لقيل له: فقد قال الله تعالى: ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلْكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعْطُواْ ٱلْجِزْيَةَ﴾[٣]، ولكان لا يذهب عليهم وعليه ذلك، وإنما أخذ الجزية منهم لما أخبره عبد الرحمن بن عوف أن النبي ﷺ قال: «سنوا بهم سنة أهل الكتاب»[٤].

فإن قيل: فقد قال علي ﷺ: «قد كان لهم كتاب فرفع»[٥].

(١) تقدم تخريجه (٥/٢٨٦).
(٢) تقدم تخريجه (٥/٢٦٤).
(٣) سورة التوبة، الآية (٢٩).
(٤) تقدم تخريجه (٥/٢٦٤).
(٥) أخرجه الشافعي في الأم (٥/٤٠٦ ـ ٤٠٧) وقال ابن حجر: «رواه الشافعي وعبد الرزاق=

قيل: قد ذكرنا إجماع الصحابة من الوجه الذي ذكرناه، وعلي فيهم، فيبطل بهذا إن صح باتفاقهم الذي رتبناه، ولو كان كذلك؛ لكان لنا أن نأكل ذبائحهم وننكح نساءهم، وهذا لا يقوله أحد يعتمد قوله؛ لأن إجماع أهل الأعصار قد ثبت قبله(١)، وينبغي إذا رفع كتابهم أن يصيروا بمنزلة من لا كتاب لهم؛ لأن الشيء إذا كان لمعنى فارتفع المعنى؛ ارتفع الحكم(٢).

مَسْأَلَة (٣٢):

قال مالك: لا جزية على الفقير(٣).

وذكر ابن أبي زيد عن أصبغ قال: إن لم يجد شيئا عفي عنه، وإن احتاج لشيء أعطيه.

= وغيرهما بسند حسن.. وروى عبد بن حميد في تفسير سورة البروج بإسناد صحيح عن ابن أبزى: لما هزم المسلمون أهل فارس قال عمر: اجتمعوا، فقال: إن المجوس ليسوا أهل كتاب فنضع عليهم، ولا من عبدة الأوثان فنجري عليهم أحكامهم، فقال علي: بل هم أهل كتاب». الفتح (٧٥٦/٧) وانظر تنقيح التحقيق (٦١٦/٤ ـ ٦١٧).

(١) قال ابن حجر: «نقل ابن عبد البر الاتفاق على أنه لا يحل نكاح نسائهم ولا أكل ذبائهم، لكن حكى غيره عن أبي ثور حل ذلك، قال ابن قدامة: هذا خلاف إجماع من تقدمه، قلت: وفيه نظر، فقد حكى ابن عبد البر عن سعيد بن المسيب أنه لم يكن يرى بذبيحة المجوسي بأسا إذا أمره المسلم بذبحها، وروى ابن أبي شيبة عنه وعن عطاء وطاوس وعمرو بن دينار أنهم لم يكونوا يرون بأسا بالتسري بالمجوسية». الفتح (٧٥٣/٧).

(٢) «والجواب أن الاستثناء وقع تبعا للأثر الوارد في ذلك؛ لأن في ذلك شبهة تقتضي حقن الدم بخلاف النكاح فإنه مما يحتاط له». أفاده ابن حجر في الفتح (٧٥٦/٧ ـ ٧٥٧).

(٣) انظر التفريع (٢٥٦/١ ـ ٢٥٧) الكافي (٢١٧) بداية المجتهد (٤٩١/٣) وإليه ذهب أبو حنيفة وأحمد ابن حنبل. انظر التجريد (٦٢٤٣/١٢ ـ ٦٢٤٦) المغني (٧٧٠/١٢ ـ ٧٧١).

وقال (١٥٥) الشافعي فيها قولين: أحدهما عليه الجزية، والثاني لا جزية عليه، وقال: الإمام فيه بالخيار[١].

والذي يدل على صحة ما قلناه من أنه لا جزية عليه؛ قول الله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾[٢].

ولم يخص.

وقال: ﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا﴾[٣].

ولم يفرق.

ولأن النبي ﷺ قال لمعاذ: «خذ من كل حالم دينارا أو عدله معافر»[٤].

ومحال أن يأمر بأخذ شيء ممن لا قدرة له، ولأنه مأخوذ بعد حول [ ][٥] الشرع؛ فلم يلزم الفقير كالزكاة.

أو هو فقير فلا جزية عليه، أصله المكاتب، والعبد، والصبي، والمرأة[٦].

(١) الحاوي الكبير (١٤/٣٠٠ ـ ٣٠٢) روضة الطالبين (١٠/٣٠٧ ـ ٣٠٧).

(٢) سورة البقرة، الآية (٢٧٦).

(٣) سورة الطلاق، الآية (٧).

(٤) تقدم تخريجه (٥/٢٥٨)، والمعافر: برود من اليمن منسوبة إلى المعافر، وهي قبيلة باليمن. النهاية (٦٢٦).

(٥) كلمة مطموسة.

(٦) ونقل ابن رشد الاتفاق على أنه لا تؤخذ من النساء والصبيان والعبيد. انظر بداية المجتهد (٣/٤٩٠) ونقل ابن قدامة ذلك أيضا في الصبي والمرأة. وأما العبد؛ فروي عن أحمد رواية أن عليه الجزية إن كان العبد لكافر. ويحتمله كلام الخرقي كما قال ابن قدامة. انظر المغني (١٢/٧٧٦ ـ ٧٧٢).

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿حَتَّىٰ يُعْطُوا الْجِزْيَةَ عَن يَدٍ وَهُمْ صَاغِرُونَ﴾(1).

ولم يخص.

قيل: إذا لم يملك شيئا؛ فما الذي يعطيه، وقد قال الله تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾(2).

فإن قيل: فقد قال ﷺ: «خذ من كل حالم دينارا»(3).

ولم يفرق.

قيل: أراد ممن يطيق، فأما إذا لم يكن له شيء؛ فما الذي يؤخذ منه، هل هذا إلا كلام لا معنى له لا يقصده حكيم.

فإن قيل: يكون عليه وفي ذمته.

قيل: ليس في ظاهر الخبر هذا، ولا في مفهومه أنه أمرنا بالأخذ، وهذا إلزام فكيف يذكر.

فإن قيل: لأنها مأخوذة على طريق الأجرة لمساكنهم، والأعواض لا تسقط بالفقر كأجرة العقار والخدم.

قيل: بل هي مأخودة عن الجزية، فلم يلزم.

فإن قيل: لما استووا في باب الاسترقاق والقتل؛ فكذلك في الجزية.

---

(1) سورة التوبة، الآية (٢٩).

(2) سورة البقرة، الآية (٢٧٦).

(3) تقدم تخريجه (٥/٢٥٨).

قيل: الصبي يسترق ولا جزية عليه، فبطل.

فإن قيل: أليس يقتل كالغني.

قيل: ليس كل من يقتل يجب عليه الجزية، هذا المرتد والمرتدة وقاتل العمد والزاني المحصن يقتلون، ولا جزية عليهم، فلم يلزم.

فإن قيل: هو حربي يقتل.

قيل: يبطل بالعبد.

فإن قيل: هو قياس الغني.

قيل: بأي شيء.

ويقال: لم لا يكون قياس الصبي والمرأة والعبد لعدم القدرة.

فإن قيل: هؤلاء لا يقتلون.

قيل: قد أسقطنا القتل بالمرتد.

فإن قيل: هذا تارة يسترق وتارة يقتل فيترادف [ ][1] (١٥٦)

مسألة (٣٣):

قال مالك: إذا أسلم وبقي من السنة بقية أو مات؛ لم يؤخذ منه شيء، وكذلك إذا مضت السنة ولم يؤخذ منه شيء حتى أسلم ومات[2].

(١) ممحو بمقدار سطر.

(٢) انظر التفريع (٢٥٩/١) بداية المجتهد (٤٩٤/٣ ـ ٤٩٥).

وبه قال أبو حنيفة[1].

وقال الشافعي: لا تسقط عنه[2].

قال أصحابه: فلأنه قد تقرر وجوبها في الذمة فلا تسقط بحال.

ولأن النبي ﷺ قال: «الزعيم غارم»[3].

وهذا قد تكفل بالجزية لحقن دمه؛ فوجب أن يغرمه.

ولأن ذلك حق يجب في المال أمر بأدائه لمكفله به، وما كان هذا سبيله؛ لم يسقط بالموت والإسلام، كسائر الضمانات التي توجد بعد استقرارها، لأن الجزية مأخوذة للماضي لا للمستقبل.

وهو قياس من لم يسلم ولم يمت؛ لأنه بمضي المدة تصير دينا مستقرا في ذمته، وما كان ذلك طريقه؛ لم يسقط إلا بالأداء أو الإبراء كالإجارات.

الجواب: وهذا لا يلزم، والذي يدل على صحة قولنا؛ قوله تعالى: ﴿قُل لِّلَّذِينَ كَفَرُوٓاْ إِن يَنتَهُواْ يُغْفَرْ لَهُم مَّا قَدْ سَلَفَ﴾[4].

فوجب أن يكون بإسلامه غفر له جميع ما سلف، وهذا يشتمل على

(١) التجريد (١٢/٦٢٥١ ـ ٦٢٥٥) المبسوط (١٠/٧٠ ـ ٧١) وإليه ذهب أحمد بن حنبل. انظر المغني (١٢/٧٧٤ ـ ٧٧٥).

(٢) «هذا إن كان إسلامه بعد انقضاء الحول واستقرار الوجوب، أما إن كان إسلامه في تضاعيف الحول؛ سقطت عنه جزية ما بقي من الحول، وهل تؤخذ منه جزية ما مضى قبل إسلامه أم لا؟ على قولين من اختلاف قولي الشافعي في حول الجزية هل هو مضروب للوجوب أو لا». الحاوي الكبير (١٤/٣١٥) وانظر أيضا روضة الطالبين (١٠/٣١٢).

(٣) سيأتي تخريجه (٦/١٥٣).

(٤) سورة الأنفال، الآية (٣٧).

الكفر وغيره، ويدل على هذا قوله تعالى: ﴿قَٰتِلُواْ ٱلَّذِينَ لَا يُؤۡمِنُونَ بِٱللَّهِ وَلَا بِٱلۡيَوۡمِ ٱلۡأٓخِرِ﴾ إلى قوله ﴿مِنَ ٱلَّذِينَ أُوتُواْ ٱلۡكِتَٰبَ حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ وَهُمۡ صَٰغِرُونَ﴾[1].

فأمر بأخذها ممن هذه صفته، فوجب أن يكون من عداهم بخلافهم، ولما قال: ﴿وَهُمۡ صَٰغِرُونَ﴾ والمسلم لا يكون صاغرا ـ لأن الله ﷻ قد أعزه بالإسلام ـ؛ دل على أن من أسلم؛ لم يدخل تحت الآية.

وقد قال بعض أصحابنا: إن هذا كالتعليل؛ لأن الجزية إنما تؤخذ ذلا وصغارا، والمسلم ليس عليه ذل لقوله ﷺ: «الإسلام يعلو ولا يعلى»[2].

وقال ﷺ: «ليس على من أسلم جزية»[3].

وهذا عام.

قال أصحابنا: والجزية تعلقت عليه لأجل الكفر المخصوص، فإذا زال؛ وجب إسقاطها، بدلالة أنه لولا الكفر المخصوص؛ لم تتعلق الجزية، وإذا وجد؛ تعلقت، فوجب إذا زال تزول؛ لأن الحكم قد صار مقرونا بهذا المعنى، فصار كالفعل الذي تجب صحته.

---

(١) سورة التوبة، الآية (٢٩).

(٢) أخرجه البيهقي في الدلائل (٦/٣٦ ـ ٣٧) وقال البيهقي: «الحمل فيه على السلمي».
قلت: وهو محمد بن علي بن الوليد السلمي البصري، قال الذهبي في الميزان (٤/٢١٠) عقب نقله كلام البيهقي: صدق ـ والله ـ البيهقي؛ فإنه خبر باطل.

(٣) أخرجه أبو داود (٣٠٥٤) والترمذي (٦٣٣) وأحمد (١/٢٢٣) وإسناده ضعيف، فيه قابوس بن أبي ظبيان فيه لين كما في التقريب (٤٤٩).

وأما قولهم: «تقرر وجوبها في الذمة فلا (١٥٧) تسقط بحال»؛ فإنه فاسد؛ لأن [ ][1] لا نقول أن وجوبها متقرر في الذمة.

وقوله ﷺ: «الزعيم غارم»[2] **وقولهم**[3] إنه ضمن الدينار على سبيل الجزية للإمام وجب أن يغرمه؛ فإنا نقول: إن أردتم أن ضمانه له ضمانا مطلقا؛ فلا، وإن أردتم أنه ضمنه شريطة أن يؤديه ما دام على ما هو عليه؛ فنعم، فكأنه لم يضمنه إلا على أنه إذا أسلم لم يكن عليه شيء، فلم يلزم ما قالوا.

فإن قيل: الواجبات في الأموال على جهة الضمان لا تسقط بالموت ولا بمضي المدد إذا كانت مستقرة، كالديون، والإجارات، والديات.

قيل: الجزية ليست ضمانا في المال مستقرا فتعتبر بالديون والحقوق التي ذكرتموها، فلم تصر الجزية بمنزلة الحقوق؛ لأنها مؤداة عن الجمجمة التي هي كافرة مبقاة كذلك، فإذا أسلم؛ سقطت لأن الذي من أجله وجبت قد زال.

فإن قيل: فإن الجزية مأخوذة لما مضى لا للمستقبل.

قيل: قد ذكرنا أن الجزية لم تجب وجوبا مستقرا فيما مضى، فلذلك أسقطناها بالإسلام، وفرقنا بينها وبين الديون وسائر الحقوق، وليس يجب أن يكون كل ما وجب فيما مضى؛ لا يسقط بمضي المدة، هذه نفقة الأبوين تجب على الولد، ولو لم تؤخذ منه ثم طولب بها؛ لم يلزم لما مضى، وإنما تجب لما يستقبل.

---

(١) طمس بمقدار ثلاث كلمات.

(٢) سيأتي تخريجه (١٥٣/٦).

(٣) هكذا بالأصل.

فإن قيل: سبيلها سبيل الإجارة، وذلك أن الجزية تجب لأجل السكنى عوضا وبدلا عن سكناهم في ديارنا.

قيل: لو كان كذلك؛ لوجب أن يكون النساء عليهن ذلك، وكذلك المعسر والموسر يستويان فيه، فيكون المعسر الذي لا يقدر على أدائها يتبع بها في ذمته، وهذا لا يقوله أحد.

فبان أن الأمر بخلاف ما ذكروه، وثبت أيضا أنه ليس كالخراج المأخوذ من المسلم على الأرض؛ لأن هذا يؤخذ منه في حال إسلامه على الابتداء والانتهاء، والجزية بخلاف ذلك، فبان بذلك أن الأمر على ما بيناه. والله أعلم.

مسألة[1] (٣٤):

قال مالك: تؤخذ الجزية من الشيخ الفاني[2]. (١٥٨)

وقال أبو حنيفة: لا تؤخذ منه[3].

وللشافعي قولان[4].

وإنما عم مالك؛ لأن الله تعالى قال: ﴿حَتَّىٰ يُعۡطُواْ ٱلۡجِزۡيَةَ عَن يَدٖ﴾ ولم يخص.

---

(١) هذه المسألة لا توجد في عيون المجالس.

(٢) انظر بداية المجتهد (٣/٤٩١).

(٣) المبسوط (١٠/٧٩) وهو مذهب أحمد بن حنبل. انظر المغني (١٢/٧٧١).

(٤) الحاوي الكبير (١٤/٣١٠ ـ ٣١١).

وقال رسول الله ﷺ: «ليس على مسلم جزية»[1].

فوجب أن يكون المشرك بخلافه ولم يخص.

وقال ﷺ: «خذ من كل حالم دينارا»[2] ولم يفرق.

ولأنه ذكر، عاقل، بالغ، حر، مشرك، لم يتحرم بالإسلام بوجه، فصار كالشاب.

وهو قياس من له تدبير ورأي، لأن كل ذكر تؤخذ منه الجزية إذا كان له تدبير ورأي؛ فكذلك مع عدمهما، أصله الشاب.

فإن قيل: لما لم يقتل؛ كان كالصبي والمرأة.

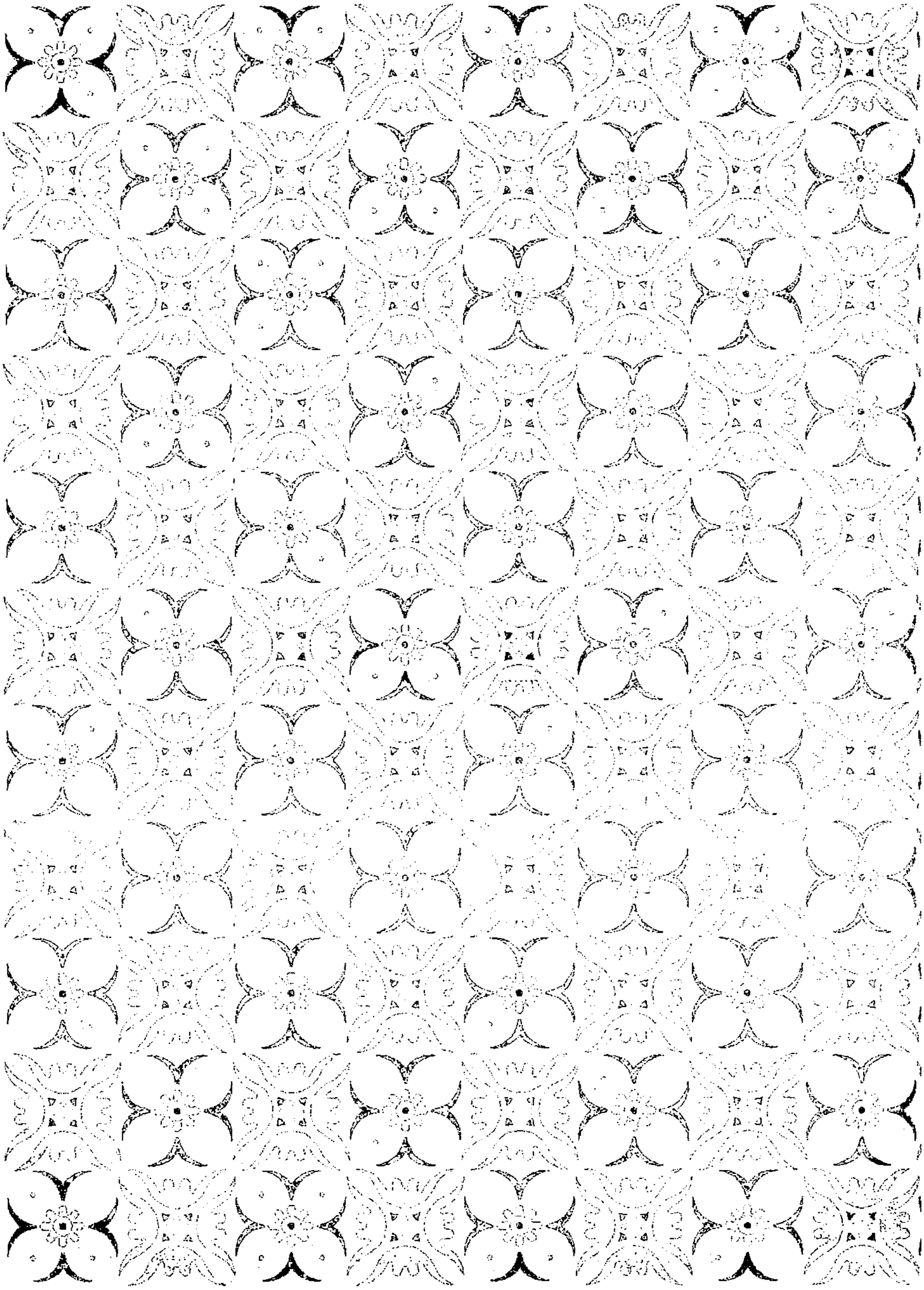
قيل: هو كذلك في إسقاط القتل عنه؛ لأنه معدوم الطاقة في القتال، فصار كالصبي والمرأة، وهو من رجالهم البالغين وجب وجوب الجزية عليه كالشاب، ويفسد قياسهم بمن له تدبير ورأي فلم يلزم[3]. (١٥٩)

(١) تقدم تخريجه (٥/٢٧١).

(٢) تقدم تخريجه (٥/٢٥٨).

(٣) هذا ما تيسر العثور عليه من هذا الكتاب.

[كتاب النكاح]



كتاب النكاح[1]

مسألة (١):

والنكاح مندوب إليه مرغب فيه، وليس بواجب[2]، ....

(١) والنكاح: معناه الجمع والضم، وذلك يكون بالفعل وهو الوطء، وبالقول وهو العقد، وقال طائفة: إن الحقيقة هو الوطء والعقد مجاز، وبه قال الشافعية والمالكية وجمهور الفقهاء، وذهبت الحنفية إلى العكس، وقال قوم: هو حقيقة فيهما، والقول يجمع حقيقة، إلا أن الجمع للأبدان محسوس، والجمع للأقوال معقول، وكلاهما في الشريعة معلوم، واللفظ عليهما محمول. قاله ابن عبد البر في التمهيد (٥/١٤) وانظر أيضا المغني (٩/١٣٤) تكملة المجموع (١٠/١٩) واللسان (نكح) والصحاح (نكح) والقاموس المحيط (نكح). وانظر في فضله بدائع الفوائد (٣/٦٥٦ ـ ٦٥٧) وشرح فتح القدير (٣/١٨٠)

قال ابن الملقن: «وله عدة أسماء جمعها أبو القاسم اللغوي فبلغت ألف اسم وأربعين اسما». التوضيح (٢٤/١٨١).

(٢) قال ابن رشد في المقدمات: فمن الناس من يجب عليه النكاح، ومنهم من يستحب له، ومنهم من هو جائز له ومباح من غير استحباب، ومنهم من يكره له على ما بيناه، فالقول إنه واجب على الإطلاق، أو مندوب إليه على الإطلاق؛ ليس بصحيح، وكذلك المرأة قد يكون عليها النكاح واجبا، وقد يكون مستحبا، وقد يكون لها مكروها. (٢/٢٦١) ونحوه للقاضي عياض في الإكمال (٤/٥٢٣ ـ ٥٢٤) وانظر أيضا إحكام الأحكام (٤/٢٢ ـ ٢٣) المغني (٩/١٣٦) الفتح (١١/٣٤٩ ـ ٣٥١) الروضة الندية (٢/١٣٦ ـ ١٣٧).

فائدة: بالمقارنة بين الشرائع السماوية الثلاث نجد أن الشريعة الإسرائيلية أشد الشرائع في طلب النكاح وتحتيمه، ويظهر أن السبب في ذلك هو أنها جاءت في وقت قل فيه عدد بني إسرائيل بسبب ذبح أولادهم، واستبقاء نسائهم، وتليها في ذلك الشريعة الإسلامية حيث إنها توجب النكاح في بعض الحالات، أما الشريعة المسيحية فهي لا تشدد في طلب النكاح، بل ترى أن الرهبانية والانقطاع للعبادة أفضل من النكاح.. تكملة المجموع (١٩/٢٩ ـ ٣٠).

وهو قول الفقهاء أجمع(١).

وقال داود: النكاح واجب(٢) على الرجل والمرأة مرة في العمر(٣)، إن كان الرجل واجدا لطَول الحرة؛ وجب عليه نكاح الحرة، وإن كان عادما لطَول الحرة؛ لزمه نكاح الأمة(٤).

والدليل أنه غير واجب: هو أن الأصل براءة الذمة من وجوب شيء إلا بدلالة، ولم تقم دلالة على وجوبه.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾(٥).

فمدح الله تعالى من حفظ فرجه بترك الزنا، ثم استثنى فقال: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزْوَٰجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ﴾ على هذا، فسقط وجوب النكاح؛ لأنه متى كان حافظا لفرجه؛ استحق المدح، ولولا ذلك ما استحق المدح إلا بالتزويج، ولم يقل: «والذين هم [حافظون لفروجهم](٦) بالتزويج»،

(١) انظر الإشراف (٣/٢٨١) القبس (٦/١٤ ـ ٨) المقدمات (٢/٢٦٠ ـ ٢٦٢) بداية المجتهد (٤/١٩٧ ـ ١٩٨) حاشية ابن عابدين (٩/٣ ـ ٥) تكملة المجموع (١٩/٢٣ ـ ٢٨).

(٢) وهو محكي عن أحمد، والمشهور عنه خلافه، انظر المغني (٩/١٣٥).
وقال ابن حجر: «والمشهور عن أحمد أنه لا يجب للقادر التائق إلا إذا خشي على نفسه العنت». الفتح (١١/٣٥٠)
قال ابن الملقن: «وهو وجه لنا». التوضيح (٢٤/١٨٤).

(٣) والواجب المقصود عنده هو العقد دون الدخول. انظر التوضيح لابن الملقن (٢٤/١٨٣).

(٤) المحلى (٩/٣ ـ ٥).

(٥) سورة المؤمنون، الآيتان (٥ ـ ٦).

(٦) هكذا بالأصل، ولعل صواب العبارة: والذين هم لفروجهم حافظون بالتزويج.

بل مدحهم بحفظ فروجهم، ثم جعلهم بالتزويج غير ملومين، ومن هو غير ملوم لا يكون [التزويج][1] واجبا عليه؛ لأن من فعل ما يجب عليه لا يقال له: أنت غير ملوم، وإنما يكون غير ملوم من فعل المباح، أو المندوب الذي لا يعصى بتركه[2].

وأيضا فإن الله تعالى مدح نبيه[3] عليه السلام فقال: ﴿وَسَيِّدًا وَحَصُورًا﴾[4]، و«الحصور» على وزن «فعول»، مثل: شكور، وقبول، يتكرر منه الامتناع، وهو في اللغة اسم لمن لا يأتي النساء وهو قادر على إتيانهن[5]، ولا يجوز أن يمدح وهو عاجز عن الفعل[6]، ألا ترى أنه لا يمدح على صورته التي

(١) في الأصل: بالتزويج.

(٢) انظر إكمال المعلم (٤/٥٢٣).

(٣) يعني يحيى عليه السلام.

(٤) سورة آل عمران، الآية (٣٩).

(٥) وقال ابن الأعرابي: هو الذي لا يشتهي النساء ولا يقربهن. وقال الأزهري: رجل حصور إذا حصر عن النساء فلا يستطيعهن. انظر اللسان (حصر).

(٦) قال القاضي عياض في الشفا (١/٨٣): «اعلم أن ثناء الله تعالى على يحيى أنه كان حصورا ليس كما قاله بعضهم: إنه كان هيوبا، أو لا ذكر له، بل قد أنكر هذا حذاق المفسرين، ونقاد العلماء، وقالوا: هذه نقيصة وعيب، ولا يليق بالأنبياء عليهم السلام، وإنما معناه أنه معصوم من الذنوب، أي لا يأتيها كأنه حصور عنها، وقيل: مانعا نفسه من الشهوات. وقيل: ليست له شهوة في النساء، وقد بان لك من هذا أن عدم القدرة على النكاح نقص، وإنما الفضل في كونها موجودة، ثم يقمعها إما بمجاهدة، كعيسى، أو بكفاية من الله عز وجل، كيحيى عليه السلام، ثم هي في حق من قدر عليها، وقام بالواجب فيها، ولم تشغله عن ربه؛ درجة عليا، وهي درجة نبينا ﷺ الذي لم يشغله كثرتهن عن عبادة ربه، بل زاده ذلك عبادة بتحصينهن، وقيامه عليهن، وإكسابه لهن، وهدايته إياهن، بل قد صرح أنه ليست من حظوظ دنياه هو، وإن كانت من حظوظ دنيا غيره فقال: «حبب إلي من دنياكم»».

خلق عليها؛ لأن هذا فعل الله تعالى فيه، وإنما يمدح على ما يكتسبه من فعل الطاعات، كما أنه لا يذم على خلق الله تعالى (١) فيه، وإنما يذم على ما يكتسبه من المعاصي، فإذا كان ممدوحا على حصره؛ دل على أنه مدح على امتناعه من النساء.

فإن قيل: فإنه مدح على ترك الوطء، وهذا ليس بواجب، وإنما الواجب العقد.

قيل: فهذا الذي ينبغي أن يبطل به وجوب العقد؛ لأن العقد المبتغى منه والمقصدُ الجماعُ، [وإغفال التعبد][١] وابتغاءُ النسل، فإذا لم يكن المقصود منه واجبا؛ لم يكن هو واجبا.

وكذا أيضا قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَۖ فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾[٢].

فالدلالة منها من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه قال تعالى: ﴿مَا طَابَ لَكُم﴾، يعني: ما تستطيبونه، فلو كان واجبا؛ لم يعلقه على ما نستطيبه، ألا ترى أن قول القائل «كلْ ما تستطيب من هذا الطعام» المفهوم منه الإباحة، أوَلا ترى أن الصلوات الخمس والصوم وغير ذلك لما كان واجبا؛ لم يجز أن يكون معلقا بالاستطابة.

فإن قيل: فإن معنى قوله تعالى: ﴿مَا طَابَ لَكُم﴾ [أي من الحلال][٣].

---

(١) هكذا بالأصل، ولعل الصواب: وإعفاف العبد.

(٢) سورة النساء، الآية (٣).

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، وأثبته من السياق.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أن الطيب في اللغة إنما هو ما تستطيبه النفس[1]، فهو محمول على ظاهره في اللغة.

والجواب الثاني: أنه وإن كان المراد به الحلال؛ فهذا الحلال معلق على ما نستطيبه، فكأنه تعالى قال: «فانكحوا من الحلال ما [استطبتم]»[2].

على أن قوله «فانكحوا» إذا تجرد [فاذا الحلال حر][3] يكون نكاحا في الشريعة، فينبغي أن يكون لقوله تعالى ﴿مَا طَابَ لَكُمْ﴾ فائدة أخرى، فكأنه قال: «اعقدوا الحلال على ما تستطيبونه».

فإن قيل: قوله تعالى ﴿مَا طَابَ لَكُمْ﴾ أي من العدد، وقوله ﴿فَٱنكِحُواْ﴾ أمر ظاهره الوجوب.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه للأمرين جميعا للنكاح والعدد.

والثاني: أن يكون ذلك العدد أيضا إذا استطيب، فلا فرق بين الواحد والاثنين والثلاث.

والدلالة الثانية من الآية هو أنه تعالى (٢) قال: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾.

(١) انظر اللسان (طاب).

(٢) في الأصل: ما استطعتم، وما أثبته من السياق.

(٣) هكذا بالأصل، ولعل صواب العبارة: إذا تجرد أفاد أن النكاح يكون حلالا في الشريعة.

فأخبر تعالى بأنه إذا خشي الجور فليتزوج بواحدة [أو][(١)] يطأ ملك اليمين، فخير بين التزويج بواحدة وبين ملك اليمين، فدل على أن نكاح الواحدة ليس بواجب، إذ لو كان واجبا؛ لما وقع التخيير بينه وبين ملك اليمين الذي ليس بواجب[(٢)]؛ لأن التخيير إما أن يكون بين فرضين كل واحد منهما إذا فعل كان فرضا، أو بين نفلين أيهما فعل كان نفلا، [أما][(٣)] بين فرض ونفل؛ [فلا][(٤)]؛ لأنه إذا كان له أن يعدل عن الفرض إلى النفل؛ دل على أن المعدول عنه لم يكن فرضا؛ لأن النفل قد قام مقامه.

والدلالة [الثالثة][(٥)] من الآية في قوله تعالى: ﴿فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُكُمۡۚ﴾ يجوز ترك نكاح الواحدة بملك اليمين، وهذا يدل على أن النكاح بالواحدة ليس بواجب؛ إذ لو كان واجبا؛ لم يجز أن يعدل عنه مع القدرة عليه، ولأنه خير بين تزويج الواحدة وبين ملك اليمين، والتخيير لا يقع إلا بين متساويين؛ لامتناع أن يقال: إن شئت فصل الفرض أو صل [النفل][(٦)]،

---

(١) في الأصل: ويطأ.

(٢) إذ لا يصح على مذهب أهل الأصول التخيير بين واجب وبين ما ليس بواجب؛ لأن ذلك مؤد إلى إبطال حقيقة الواجب، وأن يكون تاركه غير آثم. إكمال المعلم (٤/٥٢٣)
لكن قال ابن حجر: «وهذا الرد متعقب، فإن الذين قالوا بوجوبه قيدوه بما إذا لم يندفع التوقان بالتسري، فإذا لم يندفع تعين التزويج، وقد صرح بذلك ابن حزم في المحلى: (٩/٣) فقال: «وفرض على كل قادر على الوطء إن وجد ما يتزوج به أو يتسرى أن يفعل أحدهما، فإن عجز عن ذلك فليكثر من الصوم». الفتح (١١/٣٥٠).

(٣) في الأصل: ما.

(٤) كلمة غير واضحة بالأصل، وما أثبته من السياق.

(٥) في الأصل: الثانية، وهو خطأ؛ لأن الدلالة الثانية تقدمت.

(٦) ساقطة من الأصل.

فلما لم يكن ملك اليمين واجبا[1]؛ لم يجز أن تكون الواحدة واجبة، وكذلك وقع التخيير بين الواحدة وبين الاثنين والثلاث، فإذا لم تكن الثلاث واجبة؛ لم تكن الواحدة واجبة؛ لما بيناه من أن التخيير لا يكون إلا بين متساويين[2].

ولنا أيضا قوله تعالى: ﴿وَمَن لَّمْ يَسْتَطِعْ مِنكُمْ طَوْلًا أَن يَنكِحَ الْمُحْصَنَاتِ الْمُؤْمِنَاتِ فَمِن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُم﴾ إلى قوله: ﴿فَانكِحُوهُنَّ بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ﴾ إلى قوله: ﴿ذَٰلِكَ لِمَنْ خَشِيَ الْعَنَتَ مِنكُمْ وَأَن تَصْبِرُوا خَيْرٌ لَّكُمْ﴾[3].

فأخبر أن الصبر عن نكاح الأمة إذا لم يجد طول الحرة خير لنا، فلو كان نكاح الأمة واجبا في حال عدم طول الحرة ـ كما قال داود ـ؛ كان الصبر عنه شرا لنا لا خيرا لنا.

وأيضا قوله ﷺ: «من أحب فطرتي فليستن بسنتي، ألا وهي النكاح»[4].

---

(١) لكنه واجب عند داود الذي الكلام معه، فلا يلزمه ما ذكر، وانظر أيضا سبل السلام (١٤٥/٣).

(٢) فائدة: قال القرافي: الفرق الثامن والأربعون بين قاعدة التخيير الذي يقتضي التسوية وبين قاعدة التخيير الذي لا يقتضي التسوية بين الأشياء المخير بينها: جمهور الفقهاء يعتقدون أن صاحب الشرع أو غيره إذا خير بين أشياء يكون حكم تلك الأشياء واحدا، وأن لا يقع التخيير إلا بين واجب وواجب، أو مندوب ومندوب، أو مباح ومباح، وكذلك هو مسطور في كتب أصول الفقه وكتب الفقه، وليس الأمر كذلك، بل هناك تخيير يقتضي التسوية وتخيير ولا يقتضيها، وتحرير الفرق بين القاعدتين أن التخيير متى وقع بين الأشياء المتباينة وقعت التسوية، أو بين الجزء والكل أو أقل وأكثر لم تقع التسوية، ويتضح هذا الفرق بذكر أربع مسائل.. الخ قلت: وقد تعقبه ابن الشاط بما تراه في حاشيته إدرار الشروق على أنواء الفروق.

(٣) سورة النساء، الآية (٢٥).

(٤) أخرجه الشافعي في الأم (٣٧٥/٦) وعبد الرزاق في المصنف (١٠٣٧٨) والبيهقي=

فسماه سنة، وسنته ﷺ هي غير الفرض[1].

وأيضا قوله (٣) ﷺ: «ثلاث من سنن المسلمين، فذكر النكاح والسواك»[2].

= (١٢٤/٧) وفي إسناده عبيد بن سعد، قال الهيثمي في المجمع (٣٢٧/٤): «رواه أبو يعلى ورجاله ثقات إن كان عبيد بن سعد صحابيا وإلا فهو مرسل».
وأخرجه ابن عدي في الكامل (٨٧/٧) وفيه واصل بن عبد الرحمن ضعيف الحديث كما قال ابن عدي وغيره.
قلت: ومعناه في الصحيحين بلفظ: «وأتزوج النساء، فمن رغب عن سنتي فليس مني» أخرجه البخاري (٥٠٦٣) ومسلم (٥/١٤٠٥).

(١) السنة هاهنا أعم من الاصطلاح الفقهي. فتأمل. وقد استشهد المصنف في غير ما موضع على سنية بعض الأفعال لورودها بلفظ السنة في النصوص النبوية، كما قدم في مسألة السجود على الجبهة فرض وعلى الأنف سنة، وكما فعل هنا مثلا، وقد درج على هذا أيضا كثير من الفقهاء، وهو خطأ بالغ، إذ لا ينبغي حمل النصوص النبوية على الاصطلاحات الحادثة، وقد نبه إلى هذا غير واحد من أهل العلم، أذكر منهم على سبيل المثال الحافظ ابن حجر، حيث قال ﷺ في مسألة حكم الختان: وقد ذهب إلى وجوب الختان الشافعي وجمهور أصحابه، وذهب أكثر العلماء وبعض الشافعية إلى أنه ليس بواجب، ومن حجتهم حديث شداد بن أوس رفعه: الختان سنة للرجال، ومكرمة للنساء. وهذا لا حجة فيه لما تقرر أن لفظ السنة إذا ورد في الحديث لا يراد به التي تقابل الواجب، لكن لما وقعت التفرقة بين الرجال والنساء في ذلك دل على أن المراد افتراق الحكم».
وقال أيضا عند شرحه حديث بريرة وشفاعته في زوجها: «وفيه تسمية الأحكام سننا وإن كان بعضها واجبا، وأن تسمية ما دون الواجب سنة اصطلاح حادث».
وقد توسع في بيان هذا الأمر الشيخ عبد الفتاح أبو غدة في رسالته «السنة النبوية ومدلولها الشرعي». فراجعها تستفد.

(٢) أخرجه أحمد (٤٢١/٥) وسنده منقطع، ولكن وصله الترمذي (١٠٨٠) وفيه الشِّمال بن ضباب وهو مجهول كما قال الحافظ في التقريب (٨١٦١)، والحجاج بن أرطاة وهو مدلس وقد عنعن، وصرح بالتحديث عند المحاملي في الأمالي (٧٥)
وله شاهد من حديث ابن عباس عند الطبراني في الكبير (١/١٨٢/٣) بلفظ: «خمس من=

فسماه سنة، وقرنه بالسواك الذي ليس بفرض.

وأيضا قوله ﷺ: «من أحب فطرتي ـ أي سنتي ـ فليتزوج»[1].

معناه: من أحب السنة فليفعلها.

وأيضا قوله ﷺ: «تناكحوا تكثروا»[2].

فأمر بالنكاح لأجل الكثرة بالأولاد، فإذا لم يكن التماس الولد الذي هو المقصود بالعقد واجبا؛ فتابعه وسببه أولى بأن لا يكون واجبا.

وأيضا قوله ﷺ: «خير الناس [بعد][3] المئتين الخفيف الحاذ، قال: الذي ليس له أهل ولا ولد»[4].

= سنن المرسلين» وسنده ضعيف جدا، فيه إسماعيل بن شيبة وهو واه. انظر مجمع الزوائد (٤/٣٢٩).

(١) تقدم آنفا بمعناه.

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (٦/٣٧٣) بلاغا. وقال ابن حجر: «أخرجه صاحب مسند الفردوس من طريق محمد بن الحارث عن محمد بن عبد الرحمن البيلماني عن أبيه عن ابن عمر مرفوعا، والمحمدان ضعيفان». التلخيص (٣/١١٥ ـ ١١٦).
قلت: وله شاهد من حديث أنس بلفظ: «تزوجوا الودود الولود فإني مكاثر بكم الأمم يوم القيامة» أخرجه أحمد (٣/١٥٨) والبيهقي (٧/١٣١) وصححه الحافظ في الفتح (١١/٣٥١) وقال: وورد «فإني مكاثر بكم الأمم» أيضا من حديث الصنابحي، وابن الأعسر، ومعقل بين يسار، وسهل بن حنيف، وحرملة بن النعمان، وعائشة، وعياض بن غنم، ومعاوية بن حيدة، وغيرهم». وانظر البدر المنير (٧/٤٢٣ ـ ٤٢٤).

(٣) في الأصل: بين، والصواب ما أثبته كما سيذكره المصنف بعد قليل.

(٤) أخرجه ابن حزم في المحلى (٩/٤) وقال: موضوع، وقال العراقي في تخريج أحاديث الإحياء (١/٤٥٨): «أخرجه أبو يعلى من حديث حذيفة، ورواه الخطابي في العزلة من حديثه وحديث أبي أمامة، وكلاهما ضعيف». قلت: وانظر المقاصد الحسنة (١/٣٢٩)=

فجعله خير الناس، ولم يفرق بين من تزوج فيما مضى، وبين من لم يتزوج أصلا.

وقوله: «بعد المائتين» أي بعد الهجرة.

وأيضا فإنه روي «أن امرأة سألت النبي ﷺ فقالت: ما حق الزوج على المرأة؟ فبين لها، فقالت: والله لا تزوجت»(١).

فلو كان النكاح واجبا عليها؛ لكانت عاصية في يمينها، ولم يكن النبي ﷺ يسكت عنها، ولا ينكر عليها، ويقول لها: النكاح عليك واجب، وقد عصيت في يمينك.

وأيضا قوله ﷺ: «يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج، ومن لم يستطع فليصم، فإن الصوم له وجاء»(٢).

فخص الشباب بذلك(٣).

= وكشف الخفا (١/٤٤٣) وانظر في شرح مفرداته النهاية (١٩٤). وانظر في شرح مفرداته النهاية لابن الأثير ص (١٩٤).

(١) أخرجه البيهقي (٧/١٣٥) وقال ابن التركماني: في سنده سليمان اليمامي ضعيف، والراوي عنه القاسم العرني، قال أبو القاسم: لا يحتج به، والراوي عنه ابن المغيرة، وفي الميزان: محمد بن المغيرة السليماني فيه نظر».
وقال الحافظ في التقريب (٤٤٩): «القاسم بن الحكم بن كثير العرني بضم المهملة وفتح الراء بعدها نون، صدوق فيه لين».
تنبيه: وقع في الجوهر: العربي، والصواب: العرني. ولعله خطأ مطبعي.

(٢) أخرجه البخاري (٥٠٦٥) ومسلم (١٤٠٠/١ ـ ٢ ـ ٣).

(٣) لأن الغالب وجود قوة الداعي فيهم إلى النكاح بخلاف الشيوخ، وإن كان المعنى معتبرا إذا وجد السبب في الكهول والشيوخ أيضا. قاله ابن حجر في الفتح (١١/٣٤٦).

وقوله «من استطاع منكم الباءة»[(١)] ـ يعني الجماع ـ[(٢)] ؛ «فليتزوج» ، وبيّن أن التزويج لأجل الجماع [للذي][(٣)] يستطيعه ، فإذا لم يكن الجماع واجبا ؛ لم يكن التزويج واجبا.

ودليله أيضا أن من لم يستطع الجماع فلا يتزوج ، فدل على أن النكاح ليس بواجب.

وقوله: «فليصم فإن الصوم له وجاء» ؛ معناه: من لم يستطع التزويج فليصم فإن الصوم يقطعه ، لأنه عاجز عن الجماع ، فلا يقال له: «صم» حتى ينقطع عنك شهوة الجماع أو فعله ، فإذا كان الصوم الذي هو بدل [عن][(٤)] النكاح ليس بواجب ؛ فمبدله مثله[(٥)].

(١) الباءة بالهمز وتاء تأنيث ممدودة ، وفيها لغة أخرى بغير همز ولا مد ، وقد يهمز ويمد بلا هاء ، ويقال لها أيضا: الباهة كالأول ، لكن بهاء بدل الهمزة ، وقيل: بالمد القدرة على مؤن النكاح ، وبالقصر الوطء ، قال الخطابي: المراد بالباءة النكاح ، أصله الموضع الذي يتبوؤه ويأوي إليه. وقال المازري: اشتق العقد على المرأة من أصل الباءة لأن من شأن من يتزوج المرأة أن يبوئها منزلا. اهـ من الفتح (٣٤٦/١١ ـ ٣٤٧) وانظر الإكمال للقاضي عياض (٥٢٢/٤) واللسان (بوأ).

(٢) وصححه النووي ، وقيل: معناه مؤن النكاح. انظر شرح مسلم (١٤٦/٩) والفتح (٣٤٧/١١).

(٣) في الأصل: الذي ، وهو خطأ.

(٤) في الأصل: على.

(٥) وليس الأمر كذلك ؛ لأنه في الحديث رتب فقال: «ومن لم يستطع فعليه الصوم» ، وهذا غير مستحيل أن يجمع بين واجب وغير واجب ، ويصح أن يقول قائل: أوجبت عليك أن تفعل كذا ، فإن لم تستطع فأندبك إلى كذا. أفاده القاضي عياض في الإكمال (٥٢٣/٤) ونقله عنه الحافظ بالمعنى ولم يسمه فقال: «وتعقب بأن الأمر بالصوم مرتب على عدم الاستطاعة ، ولا استحالة أن يقول القائل: أوجبت عليك كذا ، فإن لم تستطع فأندبك إلى كذا». الفتح (٣٥٠/١١).

وأيضا فإن جماعة من أصحاب رسول الله ﷺ تركوه وهم قادرون عليه، وعكفوا (ع) [على][1] العبادة، فلو كان واجبا؛ لكان تركه معصية، ولو كان تركه معصية؛ لم يفعلوه[2]، وخاصة يكون رسول الله ﷺ باقيا، فلما لم ينقل عنه عليه السلام ولا عن الأئمة بعده النكير على من لم يتزوج؛ علم أنه غير واجب.

فإن قيل: فقد قال معاذ رضي الله عنه: «زوجوني زوجوني، لا ألقى الله أعزبا»[3].

وقال عمر ـ رحمة الله عليه ـ لأبي الزوائد: «لم لا تتزوج؟ ما يمنعك منه مع علمك بوجوبه إلا [عجْز][4] أو فجور فيك»[5].

[**قيل**:][6] أما معاذ فإنه أحب أن يلقى الله عز وجل على أكمل أحواله؛ لأن النكاح مندوب إليه، لا أنه اعتقد وجوبه.

وأما قول عمر ـ رضي الله عنه ـ فإنه يحتمل أنه أراد وجوب سنة، ثم لا يمنع أن يكون في المسألة خلاف؛ لأننا نعلم أن في الصحابة من كان موسرا ومات ولم يتزوج، ولعلهم لا يُحصَوْن، وهذا أبو الزوائد منهم[7]، والمرأة التي

(١) في الأصل: عن.
(٢) أي لم يفعلوا الترك، وهذا يدل على أن الترك فعل أيضا، قال في المراقي: والترك فعل في صحيح المذهب.
(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦١٤١) وأخرج نحوه عن شداد بن أوس (١٦١٤٠).
(٤) في الأصل: عجزا.
(٥) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦١٤٢) وابن حزم في المحلى (٩/٤) وعبد الرزاق في المصنف (١٠٣٨٤) وسعيد بن منصور في سننه (٤٩١) وسكت عنه الحافظ في الفتح (١١/٣٥١).
(٦) ساقطة من الأصل.
(٧) قال ابن الملقن: «وأبو الزوائد صحابي لم يتزوج». التوضيح (٢٤/١٨٧).

سألت النبي ﷺ وقالت: «والله لا تزوجت أبدا»[1].

وعلى أن من ترك التزويج لا يكون فاجرا باتفاق[2]؛ لأنه قد يتركه ولا يفجر، ويكون حافظا لفرجه، فالخبر على غير ظاهره.

ومن طريق القياس نقول: هو استباحة بُضْع، فلا يكون واجبا، دليله الرجعة وشراء الأمة.

فإن قيل: يلزم على هذا إعفاف أبيه بالتزويج، فهو واجب عليه.

قيل: لا يجب عليه أن يزوج أباه ابتداء، بل إن كانت لأبيه زوجة أنفق عليها، وقد [مر بي][3] فيما أظن أنه يجب عليه إعفاف البضع، وإنما يلزمه ما يتوصل به إلى الاستباحة، إما طول الحرة، أو ثمن الأمة[4].

وأيضا فإنه معنى يُصيِّر المرأة فراشا؛ فوجب أن لا يجب عليه، دليله الوطء.

وأيضا فإنه سبب وطء الحرة، فإذا لم يكن تزويج الأمة مع وجود طول الحرة واجبا؛ فكذلك نكاح الحرة.

وأيضا فإنه عقد يتوصل به إلى استباحة المنافع، فأشبه الإجارة.

وأيضا فإنه سبب لتحريم الأمهات والبنات، فأشبه وطء الإماء.

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٢٨٦).

(٢) ونقل الإجماع أيضا ابن الملقن في التوضيح (٢٤/١٨٧).

(٣) هكذا بالأصل.

(٤) وهو أحد القولين عن الشافعي، وعند الحنفية لا يجب. انظر التجريد (٩/٤٤٩٨).

وأيضا فإن النكاح (٥) طريقه طريق الملاذ، [و][1]ما كان هذا سبيله فإنه غير واجب، كالأكل الطيب واللباس الحسن الناعم، والشرب الطيب.

فإن قيل: فإنه إذا اضطر إلى طعام ومع غيره طعام طيب؛ وجب أن يلتذ به.

قيل: إنما يجب عليه إحياء نفسه لا التلذذ به، كما لو كان موضعه ميتة لوجب عليه إحياء نفسه بتناولها.

وأيضا فإنه عقد وضع لاستباحة الوطء؛ فلا يجب، دليله النكاح الثاني.

فإن استدلوا بالظواهر مثل قوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُوهُنَّ﴾[2] و«تناكحوا»[3] و«يا معشر الشباب من استطاع منكم الباءة فليتزوج»[4]، وبقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[5]؛ فقد جعلناها كلها أدلة [لنا][6]، مع أن ظاهر قوله: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ يدل على أنه إرشاد لا واجب عليه؛ لأنه قال في أول الآية: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِى ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ﴾، وهذا كقوله: إن خفت هذا الطريق فاسلك هذا الطريق؛ فإنه يدل على إرشاده لا وجوبه عليه.

وأيضا فإن الأمر إذا ورد هذا المورد بعد قوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ﴾؛

---

(١) ساقطة من الأصل.
(٢) سورة النساء، الآية (٢٥).
(٣) تقدم تخريجه (٥/٢٨٥).
(٤) تقدم تخريجه (٥/٢٨٦).
(٥) سورة النساء، الآية (٣).
(٦) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

فقوله: ﴿فَٱنكِحُواْ﴾ لا يدل على الوجوب؛ لأنه كالإباحة بعد الحظر، مثل قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حَلَلۡتُمۡ فَٱصۡطَادُواْ﴾[1]، **والأمر إذا تجرد مبتدأ من غير سبب يتقدمه للوجوب**[2].

فإن قيل: قد قال تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾[3].

وهذا أمر واجب، فإذا وجب علينا إنكاح غيرنا؛ كان علينا في نفوسنا أوجب.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه لا يجب على الأيامى التزويج في الأصل، وكلامنا فيه، فإذا اخترنه؛ وجب علينا أن نفعل، ولا يدل على أن النكاح في نفسه واجب؛ لأنه يجب علينا بعد أن يخترنه.

والجواب الآخر: هو أنه قد يجب علينا الشيء بغيرنا وإن لم يجب علينا في نفوسنا، وهذا كنفقة الأبوين والزوجة، يجب علينا مقدار الكفاية لهم، ولو اقتصرنا نحن في نفوسنا؛ لجاز ولم يجب.

مسألة (٢):

ووجه المرأة وكفاها ليس بعورة عندنا، فيجوز للرجل إذا أراد أن

---

(١) سورة المائدة، الآية (٣).

(٢) تقدم الكلام على هذه القاعدة في المقدمة من الأصول في الفقه (١/٢٨١).

(٣) سورة النور، الآية (٣٢).

يتزوجها أن ينظر إلى ذلك منها[1].

وبه قال أبو حنيفة والشافعي[2].

وقال قوم: إن وجهها وكفيها عورة بمنزلة سائر جسدها، لا يجوز أن ينظر إلى شيء منه[3].

وقال داود[4]: يجوز أن ينظر إلى سائر جسدها [سوى السوأتين][5].

---

(١) انظر الإشراف (٢٨١/٣ ـ ٢٨٣) بداية المجتهد (٢٠٢/٤ ـ ٢٠٤) حاشية الخرشي (١٢٢/٤ ـ ١٢٣) وحكى ابن قدامة في المغني (٣٠٠/٩) الإجماع على جواز النظر إلى وجهها. وفيه نظر لوجود الخلاف كما أشار له المصنف.

(٢) الأوسط (٢٢٩/٨ ـ ٢٣١) المجموع (٢٥٤/٤ ـ ٢٥٥) تكملة المجموع (١٥٠/١٩ ـ ١٦٠) وأجازه أحمد في الوجه، وعنه في النظر إلى كفيها وقدميها ونحو ذلك مما تظهره المرأة في منزلها روايتان. انظر المغني (٣٠٠/٩ ـ ٣٠٢).

(٣) وحكاه ابن القطان في كتابه النظر (٣٨٦) عن سعيد بن أبي سعيد المقبري. وصوبه المرداوي في الإنصاف (٢٠٦/٣ ـ ٢٠٧) وذهب إليه من المالكية القاضي أبو بكر بن العربي فقال عند تفسيره لقوله الله تعالى: ﴿وَإِذَا سَأَلْتُمُوهُنَّ مَتَٰعًا فَسْـَٔلُوهُنَّ مِن وَرَآءِ حِجَابٍ﴾: «وهذا يدل على أن الله أذن في مساءلتهن من وراء حجاب في حاجة تعرض، أو مسألة يستفتى فيها، والمرأة كلها عورة بدنها وصوتها، فلا يجوز كشف ذلك إلا لضرورة أو لحاجة، كالشهادة عليها، أو داء يكون ببدنها، أو سؤالها عما يعِنّ ويعرض عندها». أحكام القرآن (٦١٦/٣) وانظر أيضا أحكام العورة والنظر لمساعد الفالح (٤٦ ـ ٦٦) فقد سرد أدلة هذا القول.

(٤) المحلى (١٦١/٩) وقال النووي: «وهذا خطأ ظاهر منابذ لأصول السنة والإجماع». شرح مسلم (١٤٧/٩)

قلت: ولم ينفرد به داود، فهو رواية عن أحمد كما سبق، وقد أشار إلى ذلك ابن القيم في تهذيب السنن (٢٥/٣ ـ ٢٦).

وقال ابن القطان في النظر (٣٩٢ ـ ٣٩٣): «وما يحكى عن داود من إباحة النظر إلى الفرج لم أره عنه في كتب أصحابه، وإنما حكاه عنه أبو حامد الإسفراييني».

(٥) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس.

والدليل على من منع النظر [إلى][1] وجهها قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾[2].

قال ابن عباس: «هذا الوجه والكفان»[3]، وهو أيضا يقتضي ما ظهر من العباءة، فهو يختص بالوجه واليد.

وقد روي عن المفسرين الكحل والخاتم[4]، فموضع زينة الوجه بكحل العين، وزينة اليد بالخاتم.

وأيضا قوله تعالى لنبيه ﷺ ﴿وَلَآ أَن تَبَدَّلَ بِهِنَّ مِنْ أَزْوَٰجٍ وَلَوْ أَعْجَبَكَ حُسْنُهُنَّ﴾[5].

ولا يمكنه الوقوف [في][6] الغالب على ما يعجبه من حسنهن إلا بالنظر إلى ما يُظهِرْنه في [الغالب][7].

وأيضا ما روي «أن [المغيرة][8] بن شعبة أراد أن يتزوج بابنة قوم،

---

(١) في الأصل: من وجهها، وهو تحريف من الناسخ.

(٢) سورة النور، الآية (٣١).

(٣) أخرجه البيهقي (٢/٣١٨ ـ ٣١٩) وابن جرير في تفسير لهذه الآية، وهو مروي أيضا عن عائشة وابن عمر وعطاء وسعيد بن جبير والأوزاعي.

(٤) أخرجه البيهقي (٢/٣١٩) وابن جرير في تفسيره (٧/٦٠٢٩ ـ ٦٠٣٣) عن ابن عباس وأنس بن مالك والمسور بن مخرمة وقتادة ومجاهد.
وقال ابن جرير: «وأولى الأقوال في ذلك بالصواب قول من قال: عني بذلك الوجه والكفان، يدخل في ذلك إذا كان كذلك الكحل والخاتم والسوار والخضاب والثياب».

(٥) سورة الأحزاب، الآية (٥٢).

(٦) في الأصل: والغالب.

(٧) في الأصل: في الغاية، والصواب ما أثبته لدلالة ما سبق عليه.

(٨) في الأصل: المغيض.

فقال: أروني بنتكم فإني أريد أن أتزوج بها، فأبَوا عليه، فقال: أمرني رسول الله ﷺ بذلك، فحلّفوه عليه، فلما حلف كشفوا عن وجهها، فجاء إلى النبي ﷺ فأخبره بذلك، فتبسم النبي ﷺ»(١).

فلولا أنه فعل جائز؛ وإلا لم يكن النبي ﷺ يسكت عنه ويتبسم، بل كان ينكر عليه ويغيّر.

وأيضا ما روي أن النبي ﷺ قال: «إذا أراد أحدكم أن يتزوج امرأة فلينظر إليها(٢)، فإن في أعين الأنصار شيئا(٣)، ويروى: «حِول».

وأيضا «فإن فاطمة بنت رسول الله ﷺ حضرت لضرب الميراث، فلما نظر أصحاب رسول الله ﷺ إلى وجهها ضجوا بالبكاء»(٤).

فلو لم يكن ذلك جائزا عند سببه؛ لم تكن - عليها السلام - لتكشف عن وجهها.

---

(١) أخرجه الترمذي (١٠٨٧) والنسائي (٣٢٣٥) وابن ماجه (١٨٦٦) وأحمد (٤/٢٤٤ - ٢٤٥) والبيهقي (٧/١٣٦) بدون لفظ «وجهها»، وقال الترمذي: حديث حسن. وصححه ابن حبان (٤٠٤٢) وابن الملقن في البدر المنير (٧/٥٠٣).

(٢) قلت: وهذه الرواية في إطلاقها تؤيد ما ذهب إليه داود من جواز النظر إلى سائر جسدها؛ لأنه أطلق النظر ولم يقيده بالوجه، وسينبه المصنف على ذلك بعد قليل.

(٣) أخرجه مسلم (١٤٢٤/٧٤) وأما قوله: ويروى «حولا»؛ فلم أجده. وقال الغزالي: قوله «شيئا» قيل: كان في أعينهم عمش، وقيل: صغر. الإحياء (٢/٤٧٠)
وقال ابن حجر بعد نقله كلام الغزالي: «قلت: الثاني وقع في رواية أبي عوانة في مستخرجه فهو المعتمد». الفتح (١١/٤٥٨) وانظر شرح النووي على مسلم (٩/١٧٧).

(٤) قصة طلب فاطمة ميراثها من أبيها ﷺ أخرجها البخاري (٤٠٩٣) ومسلم (١٧٥٩/٥٣) ولم أجد الحديث بلفظ المصنف. وقوله: «حضرت لضرب الميراث» فيه نظر؛ لأنه لم يضرب ميراث أصلا. ولعل صواب العبارة: لطلب الميراث.

وأيضا فإن هذا واقع في سائر الأمصار عند وجود الأسباب في الشهادات (٧) عليهن، والحكم [لهن و][1] عليهن، وعند المبايعات لا ينكره أحد، وقد علِمه رسول الله ﷺ والصحابة فأقروا عليه.

وأيضا فإن الحاجة تدعوا إليه عند تحمل الشهادات، فصار بمنزلة سائر الأعضاء التي ليست بعورة في الرجل.

وأيضا فإنها منعت من تغطية وجهها في حال الإحرام، فلو كان عورة؛ لكان بمنزلة سائر المواضع في بدنها.

فأما قول الرسول ﷺ لعلي رضي الله عنه: «لا تتبع النظرة النظرة، فإن الأولى لك والثانية عليك»[2]؛ إنما هو بغير سبب يدعو إليه، ولخوف الفتنة والريبة، بدليل ما ذكرناه.

فأما داود؛ فإنه استدِل له على جواز النظر إلى وجهها وبدنها بما رواه جابر أن النبي ﷺ قال: «لا تتبع النظرة النظرة، فإن الأولى لك والثانية عليك»؛ قال جابر: «كنت أخطب امرأة فكنت أتخبأ لها، حتى رأيت منها ما دعاني إلى نكاحها»[3].

---

(١) في الأصل: لمن.

(٢) أخرجه أحمد (٣٥٣/٥) وأبو داود (٢١٤٨) والترمذي (٢٧٧٧) وله شاهد من حديث جرير أخرجه مسلم (٤٥/٢١٥٩) ومن حديث بريدة أخرجه أبو داود (٢١٤٩).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٠٨٢) وأحمد (٢٣٤/٣) وفيه محمد بن إسحاق مدلس وقد عنعن، ولكنه صرح بالتحديث في رواية عند أحمد (٣٦٠/٣) واختلف في تسمية الراوي عن جابر، فقيل: واقد بن عبد الرحمن بن سعد بن معاذ وهو مجهول، وقيل: واقد بن عمرو وهو ثقة من رجال مسلم وهو الصواب، ولذلك حسنه الحافظ في الفتح (٤٥٨/١١).

وهم يرون ما يدعو إلى جماعها، قال: فلم يفرق بين موضع منها من موضع.

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿وَلَا يُبْدِينَ زِينَتَهُنَّ إِلَّا مَا ظَهَرَ مِنْهَا﴾[1].

قال ابن عباس: الوجه والكفان[2]. وقال غيره: الكحل والخاتم[3]، فمنع الله تعالى أن يبدين شيئا منهن، واستثنى الوجه والكفين، فدل على أنه لا يجوز النظر إلى ما عدا ذلك.

وما رواه جابر أن النبي ﷺ قال: «من أراد أن يتزوج بامرأة فلينظر إلى وجهها وكفيها فإنه أحرى أن يدوم بينهما»[4].

فقصَر جواز النظر على الوجه والكفين، فدليله أنه لا ينظر إلى غير ذلك.

ومعنى قوله «أحرى أن يدوم بينهما» أي يدوم النكاح[5]؛ لأنه ......

(١) سورة النور، الآية (٣١).

(٢) تقدم تخريجه (٥/٢٩٣).

(٣) تقدم تخريجه (٥/٢٩٣).

(٤) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥)، وليس فيه «إلى وجهها وكفيها».

(٥) قال ابن الملقن: «فائدة قوله: «يؤدم بينكما» بضم الياء المثناة تحت، ثم همزة ساكنة، ثم دال مهملة مفتوحة، وفي معناه ثلاثة أقوال: أحدها: يجعل بينكما المحبة والاتفاق، يقال: أدم الله بينهما أي أصلح وألف، وكذلك آدم بينهما، فعل وأفعل بمعنى واحد، كذا ذكره أهل اللغة، كما نقله عنهم ابن الرفعة في مطلبه، وجرى عليه الرافعي، وحكاه الماوردي قولا، وقال: إنه مأخوذ من إدام الطعام؛ لأنه يطيب به، فيكون مأخوذا من الإدام لا من الدوام.
ثانيها: أنه مأخوذ من الدوام، فيكون قوله: «يؤدم» أي يدوم، لكنه قدم الواو على الدال، ونقله الماوردي عن أصحاب الحديث.
ثالثها: أنه مأخوذ من وقوع الأدمة على الأدمة، وهي الجلدة الباطنة على البشرة الظاهرة، وذلك للمبالغة في الائتلاف، قاله الغزالي في الإحياء». البدر المنير (٧/٥٠٥).

[إذا][1] رآها [فدخل][2] على بصيرة حسنة [كانت][3] أو قبيحة ؛ فقد رضي لنفسه.

وأيضا ما روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ (٨) قال: «المرأة كلها عورة إلا وجهها وكفيها»[4].

وليس يريد بقوله «عورة» إلا أنه لا يجوز النظر إلى العورة.

فأما استدلالهم بخبر جابر ؛ فإن النبي ﷺ جوز النظر إلى ما يدعو إلى جماعها أو نكاحها ، ووجهها مما يدعو إلى ذلك أكثر مما يدعو غيره من أعضائها ؛ لأن أحسن أعضاء المرأة وجهها.

وعلى أن الخبر إما عموم في سائر جسدها ؛ فهو مخصوص بما رويناه من تخصيص النبي ﷺ وجهها وكفيها ، أو يكون مجملا فخبرنا مفسَّر بالوجه والكفين.

وعلى أنه قد روي «ما لم ير منها محرَّما»[5]، ولا يجوز النظر إلى فرجها ، ولا عجزها ، ولا فخذها.

---

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) في الأصل: دخل.

(٣) ساقطة من الأصل ، وهي زيادة يقتضيها السياق.

(٤) لم أجده بهذا اللفظ بعد طول بحث. وقد تقدم تخريجه بدون الاستثناء.

(٥) لم أجده بهذا اللفظ.

فَصْلٌ

فأما نظر الزوج إلى فرج زوجته وأمته، ونظر الزوجة إلى فرج زوجها، والأمة إلى فرج سيدها إذا كان يجوز له وطؤها؛ فإن ذلك جائز عندنا[1].

وللشافعي قولان:

أحدهما: أنه لا يجوز.

[والثاني: أنه بمنزلة سائر جسدها][2].

وقيل: إنه على وجهين لا قولين للشافعي[3].

والدليل لجوازه؛ هو أن النظر إليها من جملة الاستمتاع، فصار بمنزلة غيره من جسدها.

أو نقول: الفرج محل الاستمتاع للزوج، فجاز أن ينظر إليه، أصله ما عدا الفرج من الفخذين.

ونقول أيضا: إنه موضع من بدنها به بضع الاستمتاع، فإذا جاز [إلى][4] ما دونه النظرُ؛ كان فيه أجوز.

ونقول أيضا: هو موضع عورة على غير الزوج، فيجب أن لا يكون

---

(١) انظر مواهب الجليل (٣/٤٧١ ـ ٤٧٣) وبه قال الحنابلة أيضا كما في المغني (٩/٣٠٨)، وانتصر له ابن حزم في المحلى (٩/١٦٤ ـ ١٦٥).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس، وهذا الثاني هو الصحيح كما قال إمام الحرمين في نهاية المطلب (١٢/٣٠) والنووي في الروضة (٧/٢٧).

(٣) تكملة المجموع (١٩/١٦٤).

(٤) ساقطة من الأصل.

عورة على الزوج، دليله ما عدا الفرج.

فإن قيل: فقد روي أن النبي ﷺ قال: «النظر إلى فروج النساء يورث الطمس»(١) يعني [العمى](٢).

قيل: هذا في المحرمات بدليل ما ذكرناه.

فإن قيل: فإن هذا سخافة ودناءة.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه ليس كذلك؛ لأنه بمنزلة ما يقرب منه، وإن ما ذكرتم إذا كان على وجه الحرام.

والجواب الآخر: هو أنه وإن لم يكن من المروءة؛ فليس ما خرج عن المروءة يكون محرما؛ فإن البصاق في الماء سخافة ودناءة (٩) إذا أراد أن يشربه، ومع هذا لا يحرم شربه، وكذلك الأكل على الطرقات لأهل المروءات، وهذا أكثر من أن يحصى.

---

(١) أخرجه ابن الجوزي في الموضوعات (١٢٧٨) من حديث ابن عباس، ومن حديث أبي هريرة (١٢٧٩).

(٢) ساقطة من الأصل. قال ابن الملقن: «فائدة: الطمس ـ بفتح الميم وسكونها ـ: العمى كما سلف، قال تعالى: ﴿لَطَمَسْنَا عَلَىٰٓ أَعْيُنِهِمْ﴾، وأصله استئصال أثر الشيء.
فائدة ثانية: هذا الطمس قيل: في الناظر، وقيل: في الولد الذي يأتي، وقيل: في القلب، وصححه الحبلي من الفقهاء.
فائدة ثالثة: ذكر صاحب الهداية من الحنفية أن النظر إلى العورة يورث النسيان، قال: لورود ذلك في الأثر، وهذا لم أقف عليه». البدر المنير (٧/٥١٤).
قلت: والفائدة الثانية؛ فهي مبنية على تقدير الصحة، وقد انتفت.

مَسْأَلَة (٣):

ولا يجوز نكاح بغير ولي[1] إما مناسب[2]، أو مولى، أو وصي، أو السلطان، أو رجل من المسلمين على ما بينه في الدنية.

فأما عقد المرأة على نفسها؛ فلا يجوز[3] عندنا بحال[4].

---

(١) انظر في معنى الولي لغة وشرعا تكملة المجموع (١٩/١٦٥ ـ ١٦٦).

(٢) أي بينه وبين المرأة نسب.

(٣) حكى المروزي في اختلاف الفقهاء (٢١٩) وغيره عن مالك رواية في جواز تزويج الدنيئة نفسها. وقال ابن حزم: «وأما قول مالك فظاهر الفساد؛ لأنه فرق بين الدنيئة وغير الدنيئة، وما علمنا الدناءة إلا معاصي الله». المحلى (٩/٣٤).
قلت: كذا قال، والذي وجدته في كتب المالكية أن مالكا لا يجوز للدنيئة أن تزوج نفسها، بل لا بد من الولي كما أشار المصنف ﷺ، والذي فرق فيه مالك بين الدنيئة والشريفة إنما هو في جواز أن يزوج الدنيئة رجل من المسلمين، وهو ما يسمى بولي الديانة، ولم يجوز في الشريفة ذلك، بل لا بد من ولي النسب. قال القاضي عياض: «وعن مالك قول مشهور في التفرقة بين الشريفة والدنية، فأمضى ولاية الديانة في الدنية وعند الضرورة فيها، ولم يمضها في الشريفة وذات القدر». إكمال المعلم (٤/٥٧٠).

(٤) انظر المدونة (٢/٢٨٩ ـ ٢٩١) بداية المجتهد (٤/٢١٤ ـ ٢٢٣) الجامع لأحكام القرآن (٢/٦٦ ـ ٦٩). قال الرجراجي: «لا خلاف في مذهب مالك ﷺ أن الولاية مشروطة في النكاح، وأنه من شروط الصحة لا من شروط التمام، إلا شيئا تُؤُوِّل على ابن القاسم أن الولاية من شروط التمام من قوله: إن الميراث بين الزوجين بغير ولي، ومن قوله في الدنية: يجوز أن تستخلف على نفسها أجنبيا يزوجها. وبمذهب مالك قال الشافعي خلافا لأبي حنيفة، والدليل على ما نقوله ظاهر الآي والأخبار.. وهي عندنا أعني الولاية تنقسم إلى ولاية جبر وإلى ولاية إذن..». مناهج التحصيل (٣/٢٨٩).
قلت: قوله: «إن الميراث بين الزوجين بغير ولي» أي أن مالكا أثبت الموارثة بين الزوجين وإن كانت المرأة تزوجت بغير ولي مراعاة لخلاف أبي حنيفة، وقاعدة مراعاة الخلاف من القواعد التي بنيت عليها الكثير من الأحكام خاصة في المذهب المالكي، وحكي عن القاضي عياض واللخمي وأبي عمران الفاسي أنهم عابوا العمل بها، والحقيقة أن الأوّلَين ثبت عنهما=

وقال الشافعي مثل قولنا: إنها لا تعقد على نفسها، وخالفنا في ولاية الوصي أو رجل من المسلمين[١].

وقول عمر، وعلي، وابن عباس، وابن مسعود، وأبي هريرة رضي الله عنهم مثل قول مالك والشافعي رضي الله عنهما: إن المرأة لا تعقد على نفسها بحال[٢].

ومن التابعين الحسن البصري، وسعيد بن المسيب[٣].

ومن الفقهاء ابن أبي ليلى، وابن شبرمة، وأحمد، وإسحاق[٤].

وقال أبو حنيفة: إذا كانت بالغة عاقلة؛ زالت ولاية الولي عنها، فإن عقدت بنفسها؛ جاز، وإن ولت رجلا حتى عقد؛ جاز.

ووافقنا على أنها إذا وضعت نفسها في غير كفء للولي فسخ النكاح.

وقال أبو يوسف ومحمد[٥]: لا بد من الولي، فإن عقدت بنفسها؛ كان النكاح موقوفا، فإن وضعت نفسها في غير كفء؛ كان للولي فسخه، وإن وضعت نفسها في كفء؛ فعلى الولي أن يجيزه ويمضيه، فإن أجازه وإلا

= العمل بها. وانظر في تعريفها وشروطها وما يتصل بها كتاب: مراعاة الخلاف في المذهب المالكي ليحيى سعيدي.

(١) الأم (٣١/٦ ـ ٣٥) نهاية المطلب (٣٩/١٢) الأوسط (٢٥٩/٨ ـ ٢٦٦) تكملة المجموع (١٦٥/١٩ ـ ١٨٢).

(٢) انظر مصنف عبد الرزاق (١٩٧/٦ ـ ٢٠٠) والسنن الكبرى للبيهقي (١٧٨/٧ ـ ١٨٣).

(٣) المحلى (٢٣/٩ ـ ٣٧) الأوسط (٢٥٩/٨ ـ ٢٦٦).

(٤) المغني (١٤١٠/٩ ـ ١٤٣) حاشية الروض المربع (٢٦٢/٦ ـ ٢٦٤).

(٥) لكن محمدا ثبت رجوعه إلى قول أبي حنيفة كما صرح بذلك صاحب الهداية وابن الهمام. انظر الهداية مع شرح فتح القدير (٢٩٢/٣).

أجازه السلطان على الولي[1].

وقال داود: إن كانت بكرا؛ فلا بد من ولي، وإن كانت ثيبا؛ لم تحتج إلى ولي[2].

وهذا خلاف الإجماع[3].

---

(١) قال ابن الهمام: «وحاصل ما عن علمائنا - ﷺ - في ذلك سبع روايات: روايتان عن أبي حنيفة: تجوز مباشرة البالغة العاقلة عقد نكاحها ونكاح غيرها مطلقا، إلا أنه خلاف المستحب، وهو ظاهر المذهب، ورواية الحسن عنه: إن عقدت مع كفء جاز، ومع غيره لا يصح، واختيرت للفتوى لما ذكر أن كم من واقع لا يرفع، وليس كل ولي يحسن المرافعة والخصومة، ولا كل قاض يعدل.. وينبغي أن يقيد عدم الصحة المفتى به بما إذا كان لها أولياء أحياء؛ لأن عدم الصحة إنما كان على ما وجه به هذه الرواية دفعا لضررهم، فإنه قد يتقرر لما ذكرنا، أما ما يرجع إلى حقها؛ فقد سقط برضاها بغير الكفء على ما سيأتي إن شاء الله تعالى..

وعن أبي يوسف ثلاث روايات: لا يجوز مطلقا إذا كان لها ولي، ثم رجع إلى الجواز من الكفء لا من غيره، ثم رجع إلى الجواز مطلقا من الكفء وغيره.

وروايتان عن محمد: انعقاده موقوفا على إجازة الولي، إن أجازه نفذ، وإلا بطل، إلا أنه إذا كان كفؤا وامتنع الولي؛ يجدد القاضي العقد، ولا يلتفت إليه، ورواية رجوعه إلى ظاهر الرواية.

فتحصل أن الثابت الآن هو اتفاق الثلاثة على الجواز مطلقا من الكفء وغيره. هذا على الوجه الذي ذكرناه عن أبي يوسف من ترتيب الروايات عنه، وهو ما ذكره السرخسي، وأما على ما ذكره الطحاوي من أن قوله المرجوع إليه عدم الجواز إلا بولي، وكذا الكرخي في مختصره حيث قال: وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا بولي، وهو قوله الأخير؛ فلا، ورجح قول الشيخين لأنهما أقدم وأعرف بمذاهب أصحابنا، لكن ظاهر الهداية اعتبار ما نقله السرخسي، والتعويل عليه حيث قال: عند أبي حنيفة وأبي يوسف في ظاهر الرواية..».

شرح فتح القدير (٣/٢٤٦ - ٢٤٧) وانظر أيضا التجريد (٩/٤٢٣٧ - ٤٢٧٥).

(٢) انظر المحلى (٩/٢٣ - ٣٧).

(٣) قال ابن عبد البر: «خالف داود أصله في هذه المسألة، وقال فيها بالمجمل والمفسر، وهو لا يقول بذلك، فجعل قوله «لا نكاح إلا بولي» مجملا، وقوله «الأيم أحق بنفسها من وليها»=

وقال أبو ثور: لا بد من الولي، فإن عقد الولي؛ جاز، وإن أذن الولي لها بالعقد فعقدت بإذنه؛ صح العقد[1].

فهذه مذاهب الناس في ذلك.

والدليل لقولنا في أنها لا تعقد على نفسها بحال؛ قول الله ﷻ: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾[2].

وقال: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤۡمِنُواْ﴾[3].

فلم يخاطب بالنكاح غير الرجال[4]، فلو كان (١٠) إيقاع النكاح إلى النساء؛ لذُكِرن في ذلك.

فإن قيل: فإنما لم يخاطب النساء لأن فيهن المجنونة، والصغيرة، والأَمة المملوكة.

= مفسرا، وهما في الظاهر متضادان، وأصله في الخبرين المتضادين أن يسقطا جميعا، كأنهما لم يجيئا، ويرجع إلى الأصل فيما كان الناس عليه، كقوله في استقبال القبلة بالبول والغائط، أسقط الحديثين، ولم يجعلهما مجملا ومفسرا، وقال بحديث الإباحة ـ مع ضعفه عنده ـ لشهادة أصله له، فخالف أصله في هذه المسألة، وخالف أصلا له آخر فيها أيضا؛ وذلك أنه كان يقول: إذا اجتمع في مسألة على قولين؛ فليس لأحد أن يخترع قولا ثالثا، والناس في هذه المسألة ـ مع اختلافهم ـ لم يفرقوا بين البكر والثيب؛ من قال: إنه لا نكاح إلا بولي، ومن أجاز النكاح بغير ولي، كلهم لم يفرق بين البكر والثيب في مذهبه، وجاء داود بقول يفرق بينهما لم يتقدم إليه». الاستذكار (١٤/٩٤ ـ ٩٥) ونحوه للقاضي عياض في الإكمال (٤/٥٦٩)، ونقله عنه النووي في شرح مسلم بدون أن يصرح باسمه (٩/١٧٣).

(١) انظر المحلى (٩/٢٣ ـ ٣٧).

(٢) سورة النور، الآية ٣٢).

(٣) سورة البقرة، الآية (٢١٩).

(٤) انظر بداية المجتهد (٤/٢١٧).

قيل: لو وجب أن يسقط خطابهن بإيقاع النكاح لذلك ؛ لوجب أن يسقط خطاب الرجال ؛ لأن فيهم من هذه صفته.

ولنا أيضا قوله تعالى: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾[1].

فالدلالة منها من وجهين:

أحدهما: من حيث السبب.

والثاني: من حيث الظاهر.

فأما السبب ؛ فإنه روي أنها في قصة معقل بن يسار ، لأنه كان زوج أخته من رجل فطلقها ، ولم يراجعها حتى انقضت عدتها ، فأرادت أن ترجع إليه ، وأراد أن يتزوجها ، فقال معقل: قد زوجتك بأختي ، وأكرمتك بها ، فطلقتها ، والله لا زوجتك بها أبدا ، فأنزل الله تعالى عند ذلك: ﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ﴾ الآية ، فقال معقل: «سمعا وطاعة ، وكفر عن يمينه ، وزوجه بها»[2].

---

(١) سورة البقرة ، الآية (٢٣٠) وقال الشافعي: «وهذا أبين ما في القرآن من أن للولي مع المرأة في نفسها حقا ، وأن على الولي أن لا يعضلها إذا رضيت أن تنكح بالمعروف». الأم (٦/٣٢). وقال ابن حجر: «وهي أصرح دليل على اعتبار الولي ، وإلا لما كان لعضله معنى ، ولأنها لو كان لها أن تزوج نفسها ؛ لم تحتج إلى أخيها ، ومن كان أمره إليه ؛ لا يقال: إن غيره منعه منه». الفتح (١١/٤٦٨).

(٢) أخرجه البخاري (٤٥٢٩) وقال ابن حجر: «اتفق أهل التفسير على أن المراد بذلك الأولياء». الفتح (١٠/٦٢).

وقال القرطبي: «وقد قيل: إن الخطاب في ذلك للأزواج ؛ وذلك بأن يكون الارتجاع مضارة عضلا عن نكاح الغير بتطويل العدة عليها ، واحتج بها أصحاب أبي حنيفة على أن المرأة تزوج نفسها.. والأول أصح لما ذكرناه من سبب النزول». الجامع لأحكام القرآن (٢/١٣٧).

فموضع الدلالة من هذا هو أن معقلا لما امتنع من تزويجها وحلف؛ عاتبه الله تعالى على ذلك، وأمره أن يزوجها منه، فلو كان يجوز لها أن تزوج نفسها، وتعقد النكاح؛ لم يعاتَب أخوها على الامتناع منه، فدل على أن النكاح كان إليه دونها.

وأما من حيث الظاهر؛ فهو أنه تعالى قال: ﴿فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَاجَهُنَّ﴾[1]، والعضل هو المنع من التزويج، أو الامتناع منه، مشتق من قولهم «الداء العضال»، فهو الذي قد أعيا[2] الطب، ومنع البرء[3]، ولا يجد الطبيب سبيلا إلى مداواته، فمنع الله تعالى الأولياء من الامتناع من تزويجهن، فلو كان العقد منهن؛ لم يكن ممنوعات، ولا كان العضل حاصلا من الأولياء.

وأيضا فقد روى ابن عباس، وأنس، وابن عمر، وغيرهم أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي»[4].

---

(١) سورة البقرة، الآية (٢٣٠).

(٢) أي أتعبه. انظر المصباح المنير (٢٥٥).

(٣) انظر اللسان (عضل).

(٤) أما حديث ابن عباس فأخرجه ابن ماجه (١٨٨٠) وأحمد (١/٢٥٠) والبيهقي (٧/١٧٧) عن عكرمة عنه مرفوعا، وفيه الحجاج بن أرطاة وهو مدلس وقد عنعن. وله طريق أخرى عن سعيد بن جبير أخرجه الطبراني في الكبير (١٢٤٨٣) والبيهقي (٧/١٨٢) لكن أعل بالوقف، وكذا أخرجه ابن أبي شيبة موقوفا عليه (١٦١٥٥) وقال البيهقي: «الصحيح موقوف».
وله طريق آخر عن عطاء بن أبي رباح عنه مرفوعا أخرجه الطبراني في الكبير (١١٣٤٣).
وأما حديث ابن عمر؛ فأخرجه الدارقطني (٣/٢٢٥) وفيه ثابت بن زهير منكر الحديث كما قال البخاري. انظر نصب الراية (٣/١٨٩).
وأما حديث أنس؛ فأخرجه ابن عدي في الكامل (١/٣٢٥) وفيه يزيد الرقاشي ضعيف، وهشام بن سليمان يسرق الحديث كما قال ابن عدي، وأورده من طرق أخرى كلها ضعيفة=

فنفى جنس النكاح بغير ولي، فهو عام في كل نكاح؛ لأنه نكرة (١١)
في الجنس بحرف النفي[١].

فإن قيل: هذا نكاح بولي؛ لأنها ولية نفسها.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: هو أنه جعل النكاح [إلى أوليائها][٢]، فلو كان المراد به ولاية

= كما في ذخيرة الحفاظ (٥/٢٦٧٩ ـ ٢٦٨٠).

وللحديث شاهد من حديث أبي موسى الأشعري أخرجه وأبو داود (٢٠٨٥) والترمذي (١١٠١) وابن ماجه (١٨٨١) وأحمد (٤/٣٩٤) والبيهقي (٧/١٧٣) قال الترمذي: وحديث أبي موسى فيه اختلاف.

قلت: قد صححه أحمد وابن المديني والبخاري والذهلي وابن حبان والحاكم والذهبي والبيهقي، انظر السنن الكبرى (٧/١٧٣ ـ ١٧٧) وكذا صححه الحافظ في الفتح (١١/٤٦٢)

وللحديث أيضا شاهد ثان من حديث عائشة أخرجه ابن حبان (١٢٤٧) وابن أبي شيبة (١٦١٦٦) والبيهقي (٧/١٧١ ـ ١٧٢) وصححه ابن حبان، وأنكره يحيى بن معين.

وشاهد آخر من حديث جابر أخرجه ابن عدي في الكامل (٦/١٨) وفيه عبد الله بن بزيع أحاديثه ليست بمحفوظة كما قال ابن عدي، وله طرق أخرى انظرها في الإرواء (٦/٢٤٠ ـ ٢٤١).

وآخر من حديث أبي هريرة أخرجه البيهقي (٧/٢٠٣) وصححه ابن حبان، وفيه المغيرة بن موسى نقل البيهقي عن البخاري أنه قال فيه: منكر الحديث.

وبالجملة فشواهد الحديث كثيرة أوصلها الحاكم إلى ثلاثين صحابيا، وكذا قال ابن الملقن في البدر المنير (٧/٥٤٢ ـ ٥٥٠) وهو بمجموعها يجزم بصحته، بل ذكر المناوي أنه متواتر، وأشار ابن الملقن إلى أن الدمياطي له جزء في جمع طرق هذا الحديث.

(١) وهو من أدوات العموم، قال في المراقي في تعداد أدوات العموم:

وفي سياق النفي منها يذكر   إذا بني أو زيد من منكر

انظر نثر الورود (١٦٧) والعقد المنظوم (١/٣٦٣ ـ ٣٦٤).

(٢) في الأصل: قالوا، ولا وجه له، وما أثبته من السياق.

نفسها وأن تكون متصرفة في أمرها؛ لم يكن [لتخصيص][1] النكاح معنى؛ لأن غير النكاح من العقود قد تفتقر صحته إلى ولاية نفسها، وأن تكون متصرفة في أمرها؛ لأن الصغيرة أو الكبيرة المجنونة لما عدمتا التصرف؛ لم يصح [منهما عقد][2] أصلا، فعلم أنه أراد وليا غيرها، فيتخصص النكاح به.

[**فإن قيل**: المراد بالولي الزوج ومن يقبل النكاح، إما زوج، أو أبوه، أو وكيله الذي يقبل عنه. مضى جواب عنه.][3]

والجواب الثاني عن الفصل الأول: هو أنه ﷺ قد بين أن المراد ما ذكرناه بما روي عنه من طريق يوسف [بن حماد، ثنا عبد الأعلى، عن سعيد، عن قتادة، عن جابر بن زيد، عن][4] ابن عباس أنه قال: «البغي التي تنكح نفسها بغير ولي»[5].

وروى ابن سيرين عن أبي هريرة أن النبي ﷺ قال: «لا تنكحُ المرأةُ المرأةَ[6]، ولا تنكح المرأة نفسها، والزانية التي تنكح نفسها»[7].

---

(١) في الأصل: للتخصيص.

(٢) في الأصل: منها عقدا.

(٣) هكذا ورد هذا الاعتراض متوسطا بين الجواب الأول والثاني، وخاليا من الجواب عنه.

(٤) في الأصل: من طريق يوسف بن عثمان بن عباس، والمثبت من سنن البيهقي.

(٥) أخرجه بهذا اللفظ ابن حزم في المحلى (٣١/٩) وأخرجه البيهقي (٢٠٤/٧) مرفوعا وابن أبي شيبة (١٦٢٠٠) موقوفا، بلفظ: «إن البغايا اللاتي ينكحن أنفسهن بغير بينة». وقال البيهقي: «رفعه عبد الأعلى في التفسير ووقفه في الطلاق، والصحيح موقوف».

(٦) قال ابن الملقن: «فائدة: قوله ﷺ: «لا تنكح المرأة المرأة» المراد منه النهي، وصيغته الخبر لوروده مضموم الحاء، إذ لو كان نهيا؛ لكان مجزوما مكسورا على أصل التقاء الساكنين». البدر المنير (٥٦٧/٧).

(٧) رواه ابن ماجه (١٨٨٢) والبيهقي (١٧٨/٧) مرفوعا، وقال: «قال الحسن: وسألت يحيى بن=

وهذا نص في أن الولي غيرها، وأنها لا تنكح نفسها.

ولنا أيضا ما رواه ابن جريج عن سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عائشة، أن رسول الله ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها؛ فنكاحها باطل باطل باطل ـ ثلاثا ـ، فإن مسها؛ فلها المهر بما استحل من فرجها، فإن اشتجروا؛ فالسلطان ولي من لا ولي له»[1].

= معين عن رواية مخلد بن حسين عن هشام بن حسان، فقال: ثقة، فذكرت له هذا الحديث، قال: نعم قد كان شيخ عندنا يرفعه عن مخلد.
وأخرجه الشافعي في الأم (٦/٥١) موقوفا على أبي هريرة، وكذا ابن أبي شيبة (١٦١٩٩) وابن حزم في المحلى (٩/٣١) والبيهقي (٧/١٧٨)، وأخرج البيهقي أيضا بعضه موقوفا وبعضه مرفوعا ولفظه: «لا تنكح المرأة المرأة، ولا تنكح المرأة نفسها، قال أبو هريرة: كنا نعد التي تنكح نفسها هي الزانية».
وقال البيهقي عقبه: «وعبد السلام بن حرب قد ميز المسند من الموقوف، فيشبه أن يكون حفظه».
قلت: وقد سرد ابن الملقن طرقه فراجعها في البدر المنير (٧/٥٦٢ ـ ٥٦٦).

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٨٣) والترمذي (١١٠٢) وابن ماجه (١٨٧٩) والشافعي في الأم (٦/٣٢ ـ ٣٣) وأحمد (٦/٤٧) والبيهقي (٧/١٦٨ ـ ١٦٩) وابن حبان (٤٠٧٤) والحاكم (٢/١٦٨) وأعل بما حكاه ابن علية عن ابن جريج أنه قال: ثم لقيت الزهري فذكرت ذلك له فلم يعرفه.
وأجيب عنه بأمرين: أحدهما: أن رواية ابن جريج هذه لا تصح كما قال يحيى بن معين وابن حبان والحاكم وابن عبد البر وغيرهم.
والثاني: أنه على فرض الصحة لا يلزم من نسيانه له أن يكون سليمان بن موسى وهم فيه، وقد ذكر هذا الجواب أيضا ابن حبان وغيره، قال: وليس هذا مما يهي الخبر بمثله، وذلك أن الخير الفاضل المتقن الضابط من أهل العلم قد يحدث بالحديث ثم ينساه، وإذا سئل عنه لم يعرفه، فليس نسيان الشيء الذي حدث به بدال على بطلان أصل الخبر. اهـ
وقال ابن حزم: «فإذا صح أن رسول الله ﷺ نسي آية من القرآن؛ فمَن الزهري؟ ومن سليمان؟ ومن يحيى حتى لا ينسى؟ وقد قال ﷻ: ﴿وَلَقَدْ عَهِدْنَآ إِلَىٰٓ ءَادَمَ مِن قَبْلُ فَنَسِىَ﴾ ،=

فموضع الدلالة من هذا هو أنه ﷺ حكم ببطلان [نكاح][1] كل امرأة عقدت بلا ولي، فيتضمن هذا دلالة على كل من قال بإجازته[2].

فإن قيل: فلنا عن هذا الخبر أسئلة: **أحدها**: أن هذا الخبر غير ثابت؛ لأن راويه ابن جريج، عن سليمان بن موسى، عن الزهري، وابن جريج يقول: سألت الزهري عنه فقال: لا أعرفه.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أن الثقة العدل إذا روى خبرا عن إنسان فالخبر ثابت صحيح، وإن كان ذلك الإنسان لا يعرفه؛ لأنه (١٢) يجوز أن يكون قد نسيه بعدما رواه[3]، وسليمان بن موسى عدل ثقة، وقد روى هذا الخبر عن الزهري، فقول الزهري: «لا أعرفه» لا يقدح فيه؛ لجواز أن يكون نسيه.

ومثل هذا ما روى ربيعة بن أبي عبد الرحمن روى عن سهيل بن أبي

= لكن ابن جريج ثقة، فإذا روى لنا عن سليمان بن موسى ـ وهو ثقة ـ أنه أخبره عن الزهري بخبر مسند؛ فقد قامت الحجة به، سواء نسوه بعد أن بلّغوه وحدثوا به أو لم ينسوه، وقد نسي أبو هريرة حديث: «لا عدوى»، ونسي الحسن حديث: «من قتل عبده»، ونسي أبو معبد مولى ابن عباس حديث التكبير بعد الصلاة بعد أن حدثوا بها، فكان ماذا؟..». المحلى (٩/٣٠) وانظر البدر المنير (٧/٥٥٣ ـ ٥٦٠) والإرواء (١٨٤٠).

(١) ساقط من الأصل.

(٢) في تنقيح التحقيق (٤/٢٨٥ ـ ٢٩٨) ثمانية أحاديث كلها تدل على اشتراط الولي، فراجعها.

(٣) ويعرف هذا النوع عند المحدثين «بباب من حدث ونسي» والجمهور على قبول رواية المثبت، وانظر في بيان ذلك الباعث الحثيث (١/٣١٠ ـ ٣١١) وتدريب الراوي (٢٥٧ ـ ٢٥٨) النزهة (١٦٥ ـ ١٦٦) وللدارقطني جزء في هذا سماه «المؤتسي فيمن حدث ونسي»، وللخطيب أيضا مصنف خاص فيه، ولخصه السيوطي في كتاب سماه: تذكرة المؤتسي فيمن حدث ونسي.

صالح، عن أبيه، عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد».

ثم نسي سهيل الحديث، فقال له ربيعة: رويت لي هذا الخبر، فكان سهيل يروي ذلك عن ربيعة ويقول: حدثني ربيعة عني عن أبي عن أبي هريرة «أن النبي ﷺ قضى باليمين مع الشاهد»(١).

و[العمل](٢) على أن عائشة ﵂ لم تروه [وحدها](٣)، ورواه جماعة من الصحابة، منهم: علي بن أبي طالب رضوان الله عليه، وأبو موسى، وأبو أمامة، وجابر، وابن عمر، وأنس، وعبادة، والمسور بن مخرمة، كلهم [عن](٤) النبي ﷺ(٥).

والجواب الثاني: هو أن سليمان بن موسى كان قد روى في الخبر زيادة، فسأل ابن جريج الزهري عن تلك الزيادة: فقال: «لا أعرفها»، ولم يسأله عن نفس الخبر.

فإن قيل: فالزهري يذهب إلى جواز النكاح بغير ولي(٦)، فدل على أن الخبر غير صحيح؛ إذ لا يجوز أن يكون هو راويه ثم يخالفه.

---

(١) أخرجه بقصة النسيان أبو داود (٣٦١١) وبدونها الترمذي (١٣٤٣) وابن ماجه (٢٣٦٨) وفي العلل لابن أبي حاتم محاورة لطيفة بين ابن أبي حاتم وأبيه حول هذا الحديث (٤٦٣/١).

(٢) في الأصل: واعمل.

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) في الأصل: على.

(٥) يشير بهذا إلى حديث «لا نكاح إلا بولي» وقد تقدم تخريجه (٣٣٢/٥).

(٦) أخرجه عنه ابن أبي شيبة (١٦١٨٣) وعبد الرزاق في المصنف (١٩٦/٦) وابن المنذر في الأوسط (٢٦٠/٨) وسنده صحيح.

قيل: إن الراوي إذا روى خبرا وخالفه؛ تُرك خلافه[1]، وعُمل على الخبر إذا كان ظاهره غير محتمل[2]، وهذا مثل ما قلناه: إن بيع الأمة لا يكون طلاقا، وابن عباس رضي الله عنه يذهب إلى أن بيعها طلاق، ثم هو الراوي لخبر «أن بريرة بيعت فأعتقت فخيرها رسول الله ﷺ بين الفسخ وبين المقام على النكاح»[3].

فلو كان قد وقع الطلاق بالبيع؛ لم يكن للخيار معنى، فأسقطنا خلافه وما ذهب إليه بما رواه من الخبر.

فإن قيل: فإن الخبر غير صحيح؛ لأن لفظه ساقط؛ لأنه قال: فإن [اشتجروا أولياؤها][4] فالسلطان ولي من لا ولي له»[5].

فكيف يكون لها ولي إذا اشتجر أولياؤها.

قيل: معناه: فإن اشتجروا، فعضلوا، فالسلطان (١٣) ولي من لا ولي له،

---

(١) أي العبرة بما روى لا بما رأى. وانظر البدر المنير (٥٦١/١).

(٢) قال ابن حزم: «ولا ندري أين وجدوا أن من خالف ـ باجتهاده مخطئا متأولا ـ ما رواه أنه يسقط بذلك ما رواه، ثم نعكس عليهم أصلهم هذا الفاسد فنقول: إذا صح أن أم المؤمنين - رضي الله عنها - والزهري - رحمه الله - رويا هذا الخبر، وروي عنهما أنهما خالفاه، فهذا دليل على سقوط الرواية بأنهما خالفاه، بل الظن بهما أنهما لا يخالفان ما روياه، وهذا أولى؛ لأن تركنا ما لا يلزمنا من قولهما لما يلزمنا من روايتهما هو الواجب، لا ترك ما يلزمنا مما روياه لما لا يلزمنا من رأيهما، فكيف وقد كتب إلي.. ثم ساق قول عائشة: ليس إلى النساء النكاح. فصح يقينا بهذا رجوعها عن العمل الأول إلى ما نبهت عليه من أن نكاح النساء لا يجوز». المحلى (٣٠/٩ ـ ٣١).

(٣) أخرجه البخاري (٥٢٨٣) وأخرج نحوه من حديث عائشة (٥٢٧٩).

(٤) هكذا بالأصل، وهو خلاف ما ورد به الحديث «اشتجروا فالسلطان..» وإثبات كلمة «أولياؤها» هنا يصح على لغة: أكلوني البراغيث.

(٥) تقدم تخريجه (٣٠٨/٥).

لأنها بالعضل تصير كأنها لا ولي لها، وإنما يحصل العضل إذا كان قال كل واحد: لا أزوج أنا؛ فزوج أنت؛ فإن السلطان هاهنا يزوجها لوجود العضل، فأما إذا قال كل واحد منهم: أنا أزوج؛ فليس هاهنا عضل، فلا يزوجها السلطان، ولكن يُقرع بينهم إن كانوا متساوين، أو من سبق منهم بعقد مضى عقده، أو تختار المرأة منهم من تريده.

فإن قيل: هذا الخبر وارد في الأمة، بدلالة ما روي في الحديث: «أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها؛ فنكاحها باطل»(١).

قيل: فهذه الرواية لا تمنع روايتنا فنقول: قوله «بإذن مواليها» محمول على الإماء، وقوله «بغير وليها» محمول على الحرة.

فإن قيل: هذا الخبر دلالة لنا من وجه دليل الخطاب؛ لأن رسول الله ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها؛ فنكاحها باطل»(٢)، فدل على أنها إذا نكحت بإذن وليها؛ صح النكاح، وأنتم تقولون: [هو](٣) باطل، فإذا ثبت صحة العقد بإذن الولي؛ ثبت صحته بغير إذنه بالإجماع؛ لأنه لا أحد يفرق بينهما، وكل من قال: يصح بإذن الولي؛ قال: يصح بغير إذن وليه، وكل من قال: لا يصح بإذنه؛ قال: لا يصح بغير ولي.

قيل: إن هذا السؤال لا يصح على مذهبكم؛ **لأنكم لا تقولون بدليل**

---

(١) أخرجه أحمد (١٦٦/٦) وأبو داود (٢٠٨٣) وأشار البيهقي (١٦٩/٧) إلى أن هذه رواية عبد الرزاق، وراجعت مصنفه فلم أجدها، وأخرجه ابن المنذر في الأوسط (٢٥٩/٨) بالشك «وليها أو مواليها».

(٢) تقدم تخريجه (٣٠٨/٥).

(٣) في الأصل: هي.

الخطاب في الموضع الذي يُسقِط نطقه ولا يعترض عليه، فأما إذا كان في إثبات الدليل إسقاط صريحه؛ أسقطنا الدليل، و[أبقينا][1] النطق، وهذا الدليل يسقط نطقه؛ لأننا إذا جوزنا عقدها بإذن الولي اقتضى أن يجوز من غير ولي؛ لأن أحدا لا يفرق، ونطقه يمنع منه، وإذا استعملنا نطقه؛ سقط دليله؛ لأن أحدا لا يفرق بينهما، فاستعملنا نطقه وأسقطنا دليله؛ لأن في [إستعمال][2] نطقه إسقاط دليله دون نطقه، وفي استعمال الدليل إسقاط نطقه، وإذا سقط النطق؛ سقط الدليل؛ لأنه لا يعرف إلا به، ولا سبيل إلى إسقاطهما جميعا (١٤) مع إمكان الاستعمال.

فإن قيل: فإن هذا الخبر لا يتناول موضع الخلاف؛ لأن خلافنا إنما هو في بالغة عاقلة حرة؛ هل لها ولي أم لا، فعندكم لها ولي، وعندنا لا ولي لها؛ لأن الولاية تزول فيها بالبلوغ مع الرشد، والخبر يقتضي بطلان نكاح امرأة لها ولي، ونحن كذا نقول: إن كل امرأة لها ولي إذا نكحت بغير إذنه؛ كان نكاحها باطلا، وهي الصغيرة، أو الكبيرة المجنونة، أو الأمة.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه ليس في الدنيا امرأة إلا ولها ولي عندنا وعندكم، إلا أنكم أنتم تقولون: لها ولي في طلب الكفاءة لها دون التزويج، ونحن نقول: لها ولي في طلب التزويج والكفاءة جميعا، فسقط قولكم: إن البالغة العاقلة لا ولي لها.

---

(١) في الأصل: نفينا، ولا يتلاءم مع السياق.

(٢) في الأصل: في الأصل: لأن في إسقاطنا نطقه إسقاط دليله.

والجواب الآخر: هو أن الخبر يقتضي إثبات الولاية عليها، وبطلان النكاح بغير إذن الولي، وهو قوله: «السلطان ولي من لا ولي له»، فالخبر يثبت الولاية على كل من ينكح، ويمنع من النكاح من غير إذنه، فتقديره كأنه لا نكاح إلا بمن يتولاه، حتى يكون وليا عليه، أو بإذن من يتولاه.

فإن قيل: فإننا نحمله على الأمة أو الصغيرة.

قيل: حمله على الأمة لا يصح من وجهين:

أحدهما: أنه ﷺ قال: «فإن مسها؛ فلها المهر بما استحل من فرجها»، وأنتم تقولون: مهر الأمة لسيدها، فعلم أنه أراد الحرة، ولكن على مذهبنا ـ وإن قلنا إنه للأمة ـ؛ فإن اللام التي للتمليك حقيقتها أن تكون لمن يملك ملكا مستقرا إذا أطلق، وملك الأمة غير مستقر.

والجواب الآخر: هو أنه قال: «فإن اشتجروا واختلفوا فالسلطان ولي من لا ولي له»[1]، وهذا لا يجري في الأمة بين السادة؛ لأنه إن كانت لجماعة سادة فقال واحد منهم: لا أزوجها؛ لم يكن للسلطان أن يزوجها، ولم يكن له ولاية في تزويجها، وإنما يزوج السلطان إذا أذن جميع سادتها، وهذا يصح في الحرة؛ لأن أولياءها إذا اختلفوا فقال بعضهم: لا أزوج، وقال البعض: أزوج؛ تصير كأنها امرأة لا ولي لها، فيكون الولي هو (١٥) السلطان، ويزوجها.

وحمله على الحرة الصغيرة لا يمكن أيضا من وجهين:

أحدهما: أنه قال: «أيما امرأة»، والمرأة اسم للبالغة دون الصغيرة.

(١) هذه الرواية أشار إليها الشافعي في الأم (٦/٣٤).

والوجه الآخر: أنه خص النكاح ـ بافتقاره إلى الولي ـ أنه لا يصح بغير إذنه، وإذا حمل على الصغيرة؛ لم يختص النكاح به؛ لأن عقودها كلها باطلة، فعلم أنه أراد الحرة البالغة العاقلة التي يجوز سائر عقودها.

ثم لو جعلناه عموما إلا ما خصته الدلالة؛ لم يمتنع.

وعلى أننا قد استفدنا هذا [في][1] الصغيرة بتزويج النبي ﷺ فاطمة رضي الله عنها، وبتزويج أبي بكر عائشة رضي الله عنها، فينبغي أن يحمل الخبر على فائدة أخرى، وهي الكبيرة؛ حتى لا يكون تأكيدا.

ولنا في المسألة أيضا إجماع الصحابة: لما روي عن عمر، وعن علي، وابن عباس، وابن مسعود، وأبي هريرة رضي الله عنهم أنهم قالوا: لا يصح النكاح بغير ولي[2].

وقد روي «أن رفقة جمعتهم الطريق، وكان في الطريق امرأة، فولت رجلا فزوجها، ففسخ عمر رضي الله عنه النكاح، وجلدها»[3]، أي عزرها.

فإن قيل: فعائشة ـ رضي الله عنها ـ مخالفة لهم[4]؛ لأنه روي أنها زوجت بنت

---

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) أخرج هذه الآثار عبد الرزاق في المصنف (٦/١٩٦ ـ ٢٠٠) وابن أبي شيبة (٦/٨ ـ ١١) وابن المنذر في الأوسط (٨/٢٦٣ ـ ٢٦٤) وابن حزم في المحلى (٩/٣١ ـ ٣٢) والبيهقي (٧/١٧٩ ـ ١٨٢).

(٣) أخرجه الشافعي في الأم (٩/٣٤) وابن حزم في المحلى (٩/٣١) وابن أبي شيبة (١٦١٧٥) وابن المنذر في الأوسط (٨/٢٦٣) والبيهقي (٧/١٧٩) وهو منقطع لأن عكرمة بن خالد لم يسمع من عمر كما قال الإمام أحمد. وانظر البدر المنير (٧/٥٦٨ ـ ٥٦٩).

(٤) انظر ما تقدم عن ابن حزم حول هذا الأثر.

أخيها عبد الرحمن وهو غائب بالشام، فلما قدم قال: «مثلي يفتات[1] عليه في بناته»[2].

قيل: قوله «زوَّجت» معناه: دبَّرت، ونظرت، وأمرت بالعقد، لا أنها باشرته[3]؛ بدليل ما روي عنها أنها قالت: «أنا أنظر وأدبر، فإذا حضر العقد؛ فاعقدوا، فإن النساء لا يعقدن»[4].

فقد انضاف [قولها][5] إلى قول الصحابة، فصار إجماعا.

---

(١) أي يفعل في شأنهن شيء بغير أمره. النهاية (٦٨٩).

(٢) أخرجه مالك في الموطأ كتاب النكاح باب لا يبين من التمليك (١٤) وابن أبي شيبة (١٦١٨٨) وابن حزم في المحلى (٩/٢٣ ـ ٣٣) والبيهقي (٧/١٨٣).

(٣) وبنحو هذا أجاب البيهقي (٧/١٨٣) وقال ابن حجر: «وأجيب بأنه لم يرد في الخبر التصريح بأنها باشرت العقد، فقد يحتمل أن تكون البنت المذكورة ثيبا، ودعت إلى كفء، وأبوها غائب، فانتقلت الولاية إلى الولي الأبعد أو إلى السلطان». الفتح (١١/٤٦٥).
وقال في الجوهر: «هذا مع بعده ومخالفته للظاهر يظهر منه أن الولي الأقرب إذا غاب؛ تنتقل الولاية إلى الولي الأبعد، والصحيح عند الشافعية خلافه». هامش السنن الكبرى (٧/١٨٣).

(٤) أخرجه الشافعي في الأم (٦/٥٠) وابن أبي شيبة (١٦١٩٢) والبيهقي (٧/١٨٢) وصححه ابن حجر في الفتح (٢/٤٦٥ ـ ٤٦٦) وضعفه في الجوهر النقي حيث قال: «وفي سند الشافعي: عن الثقة، وهذا ليس بحجة على ما عرف، وأفسده الطحاوي في اختلاف العلماء بأمرين: أحدهما: أن ابن حنبل قال: ابن جريج يقول: أُخبِرت عن عبد الرحمن بن القاسم، فصار من بينه وبين عبد الرحمن مجهولا. والآخر: أن ابن إدريس يرويه عن ابن جريج عن عبد الرحمن بن القاسم عن عائشة مرسلا، لا يذكر فيه عن أبيه». هامش السنن الكبرى (٧/١٨٢).
قلت: أما الإيراد الثاني؛ فهو منتف برواية ابن أبي شيبة عن ابن إدريس حيث قال: ولا أعلمه إلا عن أبيه. فلا يبقى إلا الإيراد الأول. والله أعلم.

(٥) في الأصل: قوله، وهو خطأ لأن الضمير يرجع إلى عائشة.

وقد روي أن النبي ﷺ قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها»[1]، ولا يقال: «فلان أحق من فلان بكذا» إلا ولفلان فيه حق، غير أن أحدهما أولى[2]، فسقط بهذا قول من يقول: إنه لا ولي لها، وأنها ولية نفسها.

وقال ﷺ في النساء: «إنهن ناقصات العقل والدين»[3]، فيجب أن يُمنعن من العقد لما لا يؤمن من قلة عقلها أن تُدخِل العار على الأهل والعشيرة بين الأكفاء، (١٦) ويتبع هذا [ ][4] الولي من فسخه، فينبغي أن يحسم الباب من أوله، ويجعل إلى غيرها.

ومن طريق القياس فإننا نقول: هو عقد عري من ولي، فوجب أن يبطل، دليله إذا وضعت نفسها في غير كفء.

وأيضا فإنها ناقصة بالأنوثة[5]، فوجب أن لا يجوز عقدها على نفسها، دليله الأمة.

---

(١) أخرجه مسلم (٦٦/١٤٢١) بهذا اللفظ.

(٢) قال النووي: «واعلم أن لفظة «أحق» هنا للمشاركة، معناه أن لها في نفسها في النكاح حقا، ولوليها حقا، وحقها أوكد من حقه..». شرح مسلم (١٧٣/٩).

(٣) أخرجه البخاري (٣٠٤) ومسلم (١٣٢/٧٩) بلفظ: «ما رأيت من ناقصات عقل ودين أذهب للب الرجل الحازم منكن».

(٤) كلمة لم أتبينها.

(٥) فائدة: قال ابن حجر: «وليس المقصود بذكر النقص في النساء لومهن على ذلك؛ لأنه من أصل الخلقة، لكن التنبيه على ذلك تحذيرا من الافتتان بهن، ولهذا رتب العذاب على ما ذكر من الكفران وغيره لا على النقص، وليس نقص الدين منحصرا فيما يحصل به الإثم، بل في أعم من ذلك..». الفتح (٨١/٢)

وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «وهذا نقص لا تلام عليه المرأة». شرح العقيدة الأصفهانية (١٧١/١).

ونقول أيضا: هو عقد نكاح عري من ولي، فوجب أن يبطل، أصله الصغيرة، والأمة، والمجنونة؛ إذا عقدن على أنفسهن.

فإن قيل: فإن الله تعالى قال: ﴿فَإِن طَلَّقَهَا فَلَا تَحِلُّ لَهُۥ مِنۢ بَعۡدُ حَتَّىٰ تَنكِحَ زَوۡجًا غَيۡرَهُۥ﴾[1].

فأضاف فعل النكاح إليها، فدل على أنها تعقد على نفسها.

قيل: هذه الآية لا يصح لكم الاحتجاج بها؛ لأن لفظ النكاح عندكم عبارة عن الوطء[2].

على أن المستفاد من الآية أنها لا تحل إلا بعد تزوج، وأما مَنِ العاقد؛ فيستفاد من الخبر الذي ذكرناه.

ويحتمل أن يكون المراد: تنكح بالولي؛ لأن الولي إذا عقد عليها قيل فيه: قد عقدت، فالنكاح اسم شرعي هاهنا، فلا يكون قد نكحت إلا بالولي، كما لا تكون ناكحة إلا بزوج وبصفات في الشرع.

وكذلك قوله تعالى: ﴿فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾[3] أضاف النكاح إليها، معناه: أن ينكحن بشروطه الشرعية، حتى يقال: قد نكحن.

فإن قيل: فقد روي [في الشريعة][4] أن النبي ﷺ قال: «الأيم أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن وإذنها صماتها»[5].

(١) سورة البقرة، الآية (٢٢٨).
(٢) تقدمت الإشارة إلى هذا في بداية هذا الكتاب، وانظر الروضة الندية (٢/١٣٣ ـ ١٣٤).
(٣) سورة البقرة، الآية (٢٣٠).
(٤) في الأصل: الشرعية.
(٥) تقدم تخريجه (٥/٣١٧).

فموضع الدلالة هو أنه جعلها أحق بنفسها من وليها، فعلم أنه لا حق للولي في العقد.

وقال أيضا: «ليس للولي مع الثيب أمر»[1].

وهذا نص؛ لأنكم تجعلون له معها أمرا.

قيل: الخبر لنا فيه [دليل][2] من وجهين، ولا دلالة لكم فيه.

فأما كونه لا دلالة لكم فيه؛ فهو أن الأيم هي الثيب[3]؛ لأنه قد ذكر معها البكر بعد ذلك فقال: «البكر تستأذن في نفسها»، ونحن كذا نقول: إن

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٩٣) والنسائي (٣٢٦٣) والبيهقي (١٩٢/٧) من حديث ابن عباس بزيادة: «واليتيمة تستأمر وصمتها إقرارها»، وعند النسائي: «واليتيمة تستأذن في نفسها». وأعله البيهقي بالانقطاع بين صالح بن كيسان ونافع، لكن رواية النسائي متصلة وكذا رواية أحمد (٢٦١/١) وصححه ابن حبان (٤٠٨٩).

(٢) في الأصل: ذلك.

(٣) قال القاضي عياض: «اختلف العلماء في المراد بالأيم هنا مع اتفاق أهل اللغة على أنه تطلق على امرأة لا زوج لها صغيرة كانت أو كبيرة، بكرا كانت أو ثيبا، قاله إبراهيم الحربي وإسماعيل القاضي وغيرهما، والأيِّمة العزبة، ورجل أيم وامرأة أيم، وحكى أبو عبيد أنه أيّمة أيضا..

ثم اختلف العلماء ما المراد بهذا الحديث، فذهب علماء الحجاز وكافة الفقهاء إلى أن الأيم هاهنا الثيب التي فارقها زوجها، واستدلوا بأنه أكثر استعمالا فيمن فارق زوجه بموت أو طلاق، وبرواية الأثبات أيضا فيه الثيب مفسرا، ولمقابلته بقوله: «والبكر تستأمر في نفسها»، فدل أن الأولى مَن عدا البكر، وهي الثيب، وأنه لو كان المراد بالأيم كل من لا زوج له من الأبكار وغيرهن، وأن جميعهن أحق بأنفسهن؛ لم يكن لتفصيل الأيم من البكر معنى.

وذهب الكوفيون وزفر إلى أن الأيم هاهنا ينطلق على ظاهره في اللغة، وأن كل امرأة ـ بكرا أو ثيبا ـ إذا بلغت أحق بنفسها من وليها، وعقدها على نفسها جائز». الإكمال (٥٦٤/٤ ـ ٥٦٥).

الثيب أحق بنفسها من الولي، وكونها (١٧) أحق بنفسها[١] هو أن الولي إذا طلب أن يزوجها وامتنعت هي؛ لم يكن له أن يزوجها، وإن طلبت هي التزويج؛ لم يكن له أن يمتنع، فإن امتنع؛ زوجها السلطان، فهي أحق بنفسها من الولي لما ذكرناه.

وأما كونه دلالة لنا من وجهين: فأحدهما: هو أنه قال: «أحق»، **ولفظة «أفعل» في اللغة موضوعة للاشتراك**، كما يقال: فلان أفضل وأعلم من فلان، وهذا أحلى من هذا، وهذا أمرُّ من هذا، فقد اشتركا في الحلاوة والمرارة، ولأحدهما فضل على صاحبه في الشيء الذي اشتركا فيه.

وكذلك أيضا قوله «أحق» يقتضي أن يشتركا في «أحق»، ولكن حقها هي أكثر لما ذكرناه.

وأبو حنيفة وأصحابه الموافقون له [يحملونه على الثيب][٢]؛ لأنهم لا يجعلون للولي حقا في النكاح، [ولا يحمل على الثيب إلا بدلالة؛ لأنه يكون مجازا][٣].

والوجه الثاني: هو أنه أثبت لها الولي في حال ما أثبت لها الحق، وهذا

(١) قال النووي: «يحتمل من حيث اللفظ أن المراد أحق من وليها في كل شيء من عقد وغيره، كما قاله أبو حنيفة وداود، ويحتمل أنها أحق بالرضا، أي: لا تزوج حتى تنطق بالإذن بخلاف البكر، ولكن لما صح قوله ﷺ «لا نكاح إلى بولي» مع غيره من الأحاديث الدالة على اشتراط الولي؛ تعين الاحتمال الثاني». شرح مسلم (١٧٢/٩) ونحوه في الإكمال (٥٦٦/٤).

(٢) هكذا بالأصل، وفيه نظر لما سبق أنهم يحملونه على المرأة عموما سواء كانت بكرا أو ثيبا، ولعل صواب العبارة: «يحملونه على البكر والثيب».

(٣) هذه الجملة موضعها بالأصل عقب قوله: موضوعة للاشتراك، ولعل هذا هو مكانها.

خلاف قولهم: إنه لا ولي لها.

وقوله «ليس للولي مع الثيب أمر»[1]؛ فإننا نقول: هو صحيح، والمراد به إجبارها على العقد؛ لأن حقيقة الأمر ما كان للآمر إنفاذه، [و][2]على المأمور امتثاله، ونحن لا نجعل للولي معها هذا الأمر؛ لأنه إذا أمرها بالتزويج؛ لم يلزمها امتثاله، وإنما قصد ﷺ أن يبين أن الأمر الذي هو له على البكر قد زال بكونها ثيبا، وهو إجبارها على العقد.

فإن قيل: فإن كل شخص جاز له التصرف في ماله؛ جاز له أن يعقد النكاح بنفسه، أصله الرجل.

قيل: الرجل لما لم يكن عليه ولي في طلب الكفاءة؛ لم يكن عليه ولي في تزويجه، ولما كان على المرأة ولي في طلب الكفاءة؛ كان عليها ولي في تزويجها.

فإن قيل: فإنها منفعةُ حرةٍ رشيدة، فجاز لها أن تعقد عليها، وأن تتصرف فيها، أصله منفعة الاستخدام، فإنها تؤاجر نفسها.

قيل: لما لم يكن للولي أن يعترض على إجازتها إن كانت بدون أجرة مثلها؛ لم يكن له حق من عقدها، (١٨) ولما كان للولي أن يفسخ نكاحها إذا تزوجت بغير كفء؛ كان له حق في عقد النكاح.

فإن قيل: لما ملكت التصرف في البدل؛ ملكت التصرف في [بضعها][3]،

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٣١٩).

(٢) ساقطة من الأصل.

(٣) في الأصل: بعضها.

كالثمن والمثمن.

قيل: هذا باطل باليد وغيرها من الأعضاء، فإنها تملك التصرف في [البدل][1] إذا قطعت، ولا تملك التصرف في قطع العضو.

على أننا نقول: لها التصرف في [بضعها][2] لأنها تمتنع من النكاح إذا طلبه الولي، وتطلب النكاح إذا امتنع الولي، وهذا نوع من التصرف في البضع.

وعلى أن الفرق بين النكاح والبيع هو أنه ليس للولي اعتراض إذا باعت في كفء وغيره، وبدون ما يساوي الثمن، وللولي اعتراض في وضعها نفسها في غير كفء، وأن ينقص من مهور نسائها عنهم.

فإن قيل: فإنه نوع عقد؛ فوجب أن يستوي فيه الرجال والنساء كسائر العقود.

قيل: هذا باطل بعقد الأمة فإنه نوع عقد، ومع هذا يصح من الرجل دون المرأة.

على أن النكاح قد تخصص بأشياء ليست في سائر العقود، [فجاز][3] أن يتخصص بالولي، كنكاح الصغير.

فإن قيل: فإن الولاية تتعلق بالصغير، والرق، والجنون، فمتى عدم ذلك؛ زالت الولاية كولاية المال.

قيل: ولاية النكاح مخصوصة من بين الولايات، فتجب في النساء

(١) هكذا بالأصل، ولعل الصواب: اليد.
(٢) في الأصل: بعضها.
(٣) في الأصل: لجاز.

لأجل الأنوثة ، وما ذكرناه من قلة دينهن ، وعقلهن ، واتباع شهواتهن ، في أن يضعن أنفسهن في غير الأكفاء ، ويدخل العار على العشيرة والأهل بغير اختيارهم .

فإن قيل: إن الولي قائم مقامها ، ويصح الإذن من جهتها ، فلو لم تكن مالكة للعقد ؛ لم يجز أن يقوم الغير مقامها ، ألا ترى أن من لا يملك العقد بنفسه لم يجز أن يقوم الغير فيه مقامه .

قيل: ليس الولي قائما مقامها في العقد ؛ لأن الإذن إليها حسب ، والعقد إليه ، وليس لها من العقد شيء ، ولا يقوم الولي مقامها فيه ، وإنما العقد إليه لولايته فيه ، ألا ترى أنها لو أذنت له في العقد ؛ جاز أن يوكل فيه غيره ، (١٩) ولم يكن لها أن تمنعه من التوكيل ، فعلم أن نفس العقد حق له دونها ، وأن الإذن لها دونه .

فَصْلٌ

في جميع ما ذكر من الفوائد في هذا الخبر ، وهو قوله ﷺ: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكحاها باطل باطل باطل ، فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له ، فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها»(١) .

ففيه خمس عشرة فائدة ، بعضها من حيث اللفظ ، والثاني من حيث الاستنباط(٢) .

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٠٨).

(٢) ذكر الماوردي في الحاوي (٩/٤٥ ـ ٤٧) أن الشافعي استنبط منه خمسة أحكام ، وذكر أصحابه ثلاثين حكما سواها ، فصارت خمسة وثلاثين حكما ، أُخذت دلائلها من الخبر بنص=

فأما ما هو من حيث اللفظ ؛ هو أن عليها ولاية في عقد النكاح ؛ لأن النبي ﷺ قال: «بغير إذن وليها» ، فاقتضى أن يكون للولي شرك في بضعها ، لا يتم النكاح إلا به ، وليس كذلك إلا أن له فضلا في النظر.

والثاني: أن عقد النكاح إذا عري عن إذن الولي ؛ بطل ؛ لأنه قال: «بغير إذن وليها فهو باطل».

والثالث: هو أنه إذا وطئها في هذا النكاح ؛ فعليه المهر ، لقوله: «فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها».

والرابع: أن نكاح الموقوف ـ على إحدى الروايتين ـ لا يصح ، ردا على أبي حنيفة(١) ؛ لأنه يقول: كل امرأة لها ولي مثل الصغيرة ، [والكبيرة المجنونة](٢) والأمة إذا عقدت ؛ كان النكاح موقوفا ، لا يحكم ببطلانه ، فإن أجازه الولي ؛ جاز ، وإن لم يجزه ؛ بطل ، والنبي ﷺ قال: «هو باطل» ، ولم يقل: «هو باطل إن لم يجزه الولي» ، فهو باطل سواء أجازه الولي أو لا.

والخامس: هو أن التوكيل في النكاح يجوز ؛ لأنه قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن مواليها فنكاحها باطل» ، فدل على أنه إذا أذن ؛ صح نكاحها ، فالإذن منه ، والعقد من غيره.

= واستنباط. ثم سردها واحدة واحدة.
وقال ابن الملقن بعد إشارته إلى كلام الماوردي: «ويزاد عليها أحكام أخر بعد التأمل». البدر المنير (٥٦٢/٧).

(١) ستأتي هذه المسألة.
(٢) في الأصل: والكبيرة والمجنونة.

والسادس: أن الشيء إذا كان واضحا بينا؛ جاز أن يؤكد، ويزاد في البيان والإيضاح، لأن قوله ﷺ «باطل» واضح بيِّن في أنه غير صحيح، ثم قال: «باطل باطل» ثلاثا، وقد يؤكد الشيء بغيره (٢٠) وهو في نفسه [واضح][(١)]، كقوله تعالى في الصيام إذا عدم الهدي: ﴿تِلْكَ عَشَرَةٌ كَامِلَةٌ﴾[(٢)]، ونحن نعلم أن الثلاثة والسبعة عشرة، وقال: ﴿كَامِلَةٌ﴾.

وقد قيل: معنى ﴿كَامِلَةٌ﴾ أي في قيامها مقام الهدي الكامل[(٣)].

ومثله قوله تعالى: ﴿وَوَٰعَدْنَا مُوسَىٰ ثَلَٰثِينَ لَيْلَةً وَأَتْمَمْنَٰهَا بِعَشْرٍ فَتَمَّ مِيقَٰتُ رَبِّهِۦٓ أَرْبَعِينَ لَيْلَةً﴾[(٤)]، ومعلوم أن ثلاثين وعشرا فهن أربعون ليلة.

والسابع: من جهة الاستنباط؛ هو أنه لا حد على الزوج في هذا الوطء؛ لأنه قال: «فلها مهرها»، وإذا كان لها المهر وهي مطاوعة؛ فلا حد عليها، وإذا وجب عليه المهر وسقط الحد عنها؛ سقط عنه، يعني بهذا في هذا الموضع مع وجود العقد ومطاوعتها؛ لأن الغاصب يجب عليه عندنا وعند الشافعي المهر لها، والحد ساقط عنها، ولا يسقط الحد عنه[(٥)].

والثامن: قوله: «فإن مسها فلها المهر بما استحل من فرجها» أن النسب

---

(١) ساقط من الأصل.

(٢) سورة البقرة، الآية (١٩٥.

(٣) وبه قال الحسن البصري كما رواه عنه ابن جرير (١٠٣٥/٢ ـ ١٠٣٦) وقيل: معنى كاملة الأمر بإكمالها وإتمامها، ورجحه ابن جرير، وانظر أيضا تفسير ابن كثير (٤١٥/١).

(٤) سورة الأعراف، الآية (١٤٢).

(٥) في عيون المجالس (٢١٠٦/٥): «إذا أكره الزاني امرأة فزنى بها؛ فإن عليه الحد، ولها عليه المهر. وبه قال الشافعي. وقال أبو حنيفة: يحد ولا مهر لها».

يلحق به إذا وطئ في هذا النكاح ؛ لأننا قررنا أنه لا حد عليه بما ذكرناه ، لأنه وجب عليه المهر ، ولا حد عليها ، فلم يكن عليه الحد للشبهة ، وإذا لم يجب الحد في الوطء؛ لحق به الولد من ذلك الوطء.

والتاسع: أن عليها العدة؛ لأن كل وطء وجب لها فيه المهر ولا حد عليها ؛ كان عليها العدة ، وإن سميناها استبراء بثلاث حيض.

والعاشر: أنه تنتشر حرمة المصاهرة بهذا الوطء، فيحرم عليه أمها وابنتها.

والحادي عشر: أن عليه المهر مع العلم والجهل ؛ لأن النبي ﷺ أوجب المهر عليه ولم يفرق.

والثاني عشر: أن للمستكرهة المهر؛ لأن النبي ﷺ أوجب لها المهر ، ولم يفرق بين أن يكرهها عليه ، أو تطاوعه فيه.

والثالث عشر: من قوله: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له» هو أنه دليل على جواز أن يكون (٢١) للمرأة عدة أولياء إخوة ، أو أعمام ، أو بنو أعمام، أو مَوالٍ، لأنه قال: «فإن اشتجروا» ، والمشاجرة لا تكون بين الولي والأجنبي، وإنما تكون بين الأولياء، فالواو والألف في «اشتجروا» ضمير الجمع.

والرابع عشر: أن المرأة إذا لم يكن لها ولي لا من حيث النسب ، ولا مولاها ؛ كان وليها السلطان ؛ لأنه لما جعل عليه السلام السلطان وليها إذا كان لها أولياء فاختلفوا وعضلوا ، فإذا لم يكن لها ولي أصلا ؛ فهو أولى أن يكون السلطان وليها.

والخامس عشر: أنهم إذا اشتجروا وعضلوا؛ صارت كأنها لا ولي لها، فيكون وليها السلطان، ولم يرد بقوله «اشتجروا» أن يقول كل واحد: أنا أزوج؛ لأنه إذا كان الاشتجار على هذا الوجه؛ لم يكن للسلطان ولاية عليها.

مَسْألة (٤):

وتصح الوصية بالنكاح عندنا، ويكون الوصي أولى من الولي بذلك[١]، فإن وصى إليه وله بنات كبار وصغار، ثُيِّب وأبكار؛ فالوصي يزوجهن، فإن عين له رجلا بعينه بصغيرة أو كبيرة بكر؛ فإنه يزوجها جبرا كما يزوج الأب[٢]، وإن لم يعين له رجلا بعينه؛ لم يزوج الصغيرة حتى تبلغ وترضى، كذلك لا يزوج الكبيرة البكر إلا بإذنها كالثيب.

ومن أصحابنا من قال: إن الموصي إذا قال له: زوج بناتي فيمن رأيت؛ فإنه يقوم مقام الأب في تزويج الصغيرة، وفي تزويج البكر البالغ بغير إذن، وهو يتخرج على قول مالك، وهو إذا قالت الثيب لوليها: زوجني ممن رأيت، فزوجها ممن اختار، أو من نفسه، ولم يعلمها بعين الزوج قبل العقد، فإنه يلزمها ذلك[٣].

وقال أبو حنيفة مثل قولنا في أن الوصي يزوج[٤].

(١) على خلاف في المذهب في البكر، فإن هناك من قال: الولي أولى. انظر الإكمال للقاضي عياض (٥٧١/٤).

(٢) وهذا بلا خلاف في المذهب كما قال الرجراجي في مناهج التحصيل (٣٠١/٣).

(٣) انظر المعونة (٥٣٤/٢) الكافي (٢٣٢) بداية المجتهد (٢٢٤/٤).

(٤) ليس على إطلاقه؛ لأنه لم يقل بذلك إلا في حالة ما إذا عين له الوصي رجلا في حياته،=

وقال الشافعي: ولا ولاية لوصي؛ لأن عارها لا يلحقه[1].

وهذا الإطلاق في التعليل [فاسد][2] بالحاكم يزوج المرأة وعارها لا يلحقه.

والدليل لقولنا (٢٢) قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾[3].

وهذا خطاب لجماعة المسلمين في أن لا يُنكحوا مسلمة من مشرك، فدليله أنهم يُنكِحون المسلمين، ولم يخص مُنكِحا من مُنكِح، وهذا الوصي من جملة المسلمين، وقد أنكح مسلما.

وكذلك قوله تعالى ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[4] خطاب عام في كل مسلم يجوز منه إيقاع الإنكاح على وجه في كل أيم مسلمة إلا ما خصته الدلالة.

فإن قيل: فإن الآيتين خطاب للأولياء.

= أو إذا كان الوصي قريبا فيزوجها بحكم القرابة لا الوصاية. هذا كله في الصغيرة. وما ذكره المؤلف عنه هو رواية هشام عن أبي حنيفة. انظر شرح فتح القدير (٢٧٧/٣).

(١) الأم (٥٢/٦ ـ ٥٣) نهاية المطلب (٤٢/١٢) وهذا هو الذي نصره ابن حزم في المحلى (٤٦/٩) وهي رواية عن أحمد، وعنه رواية أخرى مثل مذهب مالك، إلا أن عنده أن الوصي يقوم مقام الولي، فإن كان الولي له الإجبار؛ فكذلك وصيه، وإن كان يحتاج إلى إذنها؛ فوصيه كذلك، لأنه يقوم مقامه، فهو كالوكيل. وهذه الرواية هي المذهب وعليها جماهير الأصحاب. انظر المغني (١٦٥/٩ ـ ١٦٦) الإنصاف (٢٠٨/٢٠ ـ ٢٠٩).
وحكى ابن بشير الخلاف في الوصي على النكاح أنه لا مدخل له مع الأولياء في البكر أصلا. مناهج التحصيل (٣٠١/٣).

(٢) في الأصل: بالنقد، وهو غير واضح، والتصحيح من عيون المجالس.

(٣) سورة البقرة، الآية (٢١٩).

(٤) سورة النور، الآية (٣٢).

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: إنه لم يخص الأولياء المناسبين[1]، فهو عام لكل المسلمين.

والجواب الثاني: أن الوصي ولي عندنا من وجهين:

أحدهما: ولاية الإيمان لقوله ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[2]، فهو عموم في كل ولاية إلا ما خصته الدلالة.

ومن السنة قوله ﷺ: «تستأمر اليتيمة في نفسها»[3]، فأمر باستئمارها، ولم يخص من يستأمرها، فدل على أنها إذا استؤمرت **فأمرت**؛ جاز النكاح.

ولنا أيضا ما روي أنه ﷺ قال في اليتيمة: «إنها يتيمة، وإنها لا تزوج إلا بإذنها»[4].

فدل على أنها إذا أذنت؛ جاز النكاح، ولم يخص من يستأذنها، فهو عموم في كل مزوِّج إلا أن تقوم دلالة.

فإن قيل: فقد روي أن قدامة بن مظعون زوج ابنة أخيه عثمان بن مظعون من عبد الله بن عمر، فكرهوا عبد الله، فجاء قدامة إلى النبي ﷺ فقال: أنا عمها، ووصي أبيها، وما نقموا عبد الله إلا أنه لا مال له، فقال ﷺ: «إنها

(١) أي الأولياء من النسب.

(٢) سورة التوبة، الآية (٧٢).

(٣) هذه الرواية عند أحمد (١/٢٦١) والنسائي (٣٢٦٢) عن ابن عباس بإسناد حسن، وأخرجه أبو داود (٢٠٩٣) والترمذي (١١٠٩) وابن أبي شيبة (١٦٢١٦) والبيهقي (٧/١٩٤) عن أبي هريرة، وقال الترمذي: حديث حسن.

(٤) أخرجه أحمد (٢/١٣٠) والبيهقي (٧/١٩٥) وسنده حسن.

يتيمة، وإنها لا تنكح إلا بإذنها»[1].

قيل: كذا نقول: إن الولي لا يزوجها حتى تبلغ وتأذن إن كانت صغيرة، وإن كانت بالغة بكرا فلا يزوجها حتى يستأذنها، كما يقولون في الولي الذي هو غير الأب، ولم يقل ﷺ: (٢٣) «إنك وصي، والوصي لا يزوج»[2]، وإنما أعلمنا أنها لا تنكح إلا بإذنها، فسكوته ﷺ عن قوله «أنا وصي أبيها» يدل على أن للوصي أن يزوجها بإذنها.

فإن قيل: إنما سكت عليه السلام لأن قدامة قال: «أنا عمها»، والعم يزوجها.

قيل: قد قال أيضا: «وأنا وصي أبيها»، فلولا أن قدامة يعتقد أن الوصي يزوج؛ لم يكن لذكره الوصية فائدة، ولكان النبي ﷺ يقول له: «وإيش ذكرك للوصية التي لا يقع التزويج بها»، حتى لا يظن ظان أن الوصي يزوج، فلما قال قدامة ذلك وأراد [ ][3] حسب الأمرين اللذين يقع بهما التزويج، وسكت النبي ﷺ عنه، وأجاب بأنها يتيمة لا تزوج إلا بإذنها؛ علمنا أنه قصد إذنها فقط.

---

(١) هو الحديث المتقدم.

(٢) قال ابن التركماني: «المزوج هنا كان عمها ووصيها، والمراد بالحديث البالغة؛ إذ الصغيرة لا إذن لها، ولا يلزم من كون الوصي لا ولاية على هذه بخصوصها أن لا يكون له ولاية على غيرها، كما أنه لا يلزم من كون عمها لا ولاية له عليها أن لا يكون له ولاية على غيرها، فظهر بهذا أن هذا الحديث بخصوصه لا دلالة فيه على أن الوصي لا ولاية له». هامش السنن الكبرى (١٨٤/٧).

(٣) كلمة لم أتبينها بالأصل. وفي الإشراف (٢٩٣/٣): «موضع التعلق أنه ذكر السبب الذي اعتقد أنه يملك به أن يعقد هو كونه عما ووصيا، فلم ينكر عليه، ولا قال: ليس للوصي أن يعقد نكاحها، بل عدل إلى أن علل منع العقد بمعنى يرجع إلى حالها، وهو اليتم، لا إلى صفة الولي، فدل على ما قلناه».

فإن قيل: فهو عام فيها، سواء عين له الموصي أم لم يعين له في أن لا تنكح إلا بإذنها.

قيل: كيف يدعى العموم في عين واحدة؛ لأن هذه إما أن يكون قد عين له فيها، أو لم يعين، ولا يكون على الصفتين جميعا، فيكون الأب قد عين له ولم يعين له، فإذا كانت العين واحدة ـ ولم يقل قدامة إنه قد عين لي فيها ـ؛ كانت على الأصل في أنه لم يعين له فيها رجلا بعينه، فلهذا فسخ النكاح.

وأيضا فإننا قد وجدنا [أن][1] للأب في حياته أن يوصي بإخراج ثلثه ولا يعين الوصي، فينتقل النظر في الثلث إلى الحاكم.

وكذلك لو كان لولده مال قد ورثوه عن غيره، أو حصل لهم في يده من فوائد، فلم يوص فيه إلى أحد ثم مات؛ فإن الولاية على الثلث وعلى مال أولاده الأصاغر ـ من فوائدهم ومن ميراثهم عنه ـ ينتقل إلى الحاكم، كما تنتقل ولاية نكاح بناته إلى الأولياء من عصبته، ثم جاز للأب أن ينقل وصيته بالثلث وبمال الأولاد الأصاغر إلى من شاء، فينقل ذلك عن الحاكم، كذلك له (٢٤) أن ينقل ولاية [النكاح][2] عن الأولياء إلى من يختاره؛ لأن له أن يفعل جميع ذلك في حياته، وله أن يصرفه إلى من يختار بعد وفاته؛ لأن النظر المخصوص له في جميع ذلك دون غيره.

وأيضا فإنه [إن][3] لم يوص بإخراج ثلثه؛ لانتقل جميع المال إلى

(١) ساقطة من الأصل، ويقتضيها السياق.
(٢) في الأصل: بالنكاح.
(٣) ساقطة من الأصل، والسياق يقتضيها.

ورثته، وينتقل إليهم إن كانوا ممن [يجوز][1] تزويج بناته، ثم قد يجوز أن يخرج الثلث إلى من يختاره، فكذلك يخرج ولاية النكاح عنهم كما أخرج الثلث عنهم؛ لأن له في حياته أن يفعل في ذلك وفي التزويج ما يراه حظا، فكذلك ينقله إلى من يختاره بعد وفاته، لما يراه من الحظ فيه، ولو ترك الأمرين جميعا ـ أعني الثلث والتزويج ـ؛ لانتقلا إلى الورثة.

وأيضا فلما جاز للأب أن يجعل ذلك إلى غيره في حال حياته؛ جاز له أن يجعله إلى غيره ممن يختاره بعد وفاته؛ لأن له من النظر في بناته ما ليس لغيره.

فإن قيل: فينبغي أن يقوم الوصي مقام الأب في تزويج الأصاغر، والبكر البالغ، بغير إذنهن.

قيل: قد عرفناكم اختلاف المذهب في ذلك، على أن الكلام هو في هل للوصي أن يزوج كالحاكم، أو كالأولياء، أو هو أولى منهم؟، ثم كيف يزوج؟ وأي وقت يزوج؟ مسألة[2] فهو كالأولياء يزوج كما يزوجون على الشرائط.

فإن استدلوا بقوله ﷺ: «لا نكاح إلى بولي»[3]؛ **قيل**: الوصي عندنا ولي بما قدمناه، وتخصيصُه باسم الوصي لا يخرجه عن أن يكون وليا كالحاكم.

فإن قيل: فإنه إنكاح بوصية، فوجب أن لا يجوز؛ أصله إذا لم يعين له.

قيل: إن إنكاحه بالوصية على أحد الوجهين، ويصح إذا بلغت بإذنها

---

(١) في الأصل: يزوج، وهو خطأ.

(٢) هكذا بالأصل، ولعل الصواب: وأي وقت يزوج مسألة أخرى.

(٣) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).

وإن لم يعين له، فكل وصي يجوز تزويجه إذا زوج في وقته وعلى شرطه كالولي في اليتيمة، وليس عندنا وصي لا يجوز له أن يزوج، ولكن على شروط التزويج التي تكون في ولي العصبة. (٢٥)

فإن قيل: إنما قسناه عليه إذا زوجها صغيرة ولم يعين له في أن تزويجه باطل في هذا الحال.

قيل: لنا أن نقلب هذا في الولي مع وجود الوصي، فنقول: هو نكاح بولي مع وجود الوصي وغير إذنه[1]، فأشبه تزويج الولي الصغيرة اليتيمة في أنه في الحال فاسد، فكذلك في كل حال، كما قلتم لنا في الوصي إذا عقد على الصغيرة ولم يعين له في أنه في الحال فاسد، وإن كان عندنا في غير ذلك صحيحا.

فإن قيل: فإن كل سبب لا يستفاد به تزويج الصغيرة لا يستفاد به تزويج الكبيرة، أصله الوصية في المال.

قيل: إنه إذا وصى إليه بماله؛ فهو وصي في كل شيء حتى في تزويجه، وكذلك في مال البنات، وهو تزويج اليتيمة وهي صغيرة، ولا ينتظر بلوغها، فهو أقوى حالا منه في اليتيمة، فأما إذا بلغ اليتيم؛ انفك حجره عن ماله إذا كان رشيدا، فينقل عن تزويجه، والبكر البالغ لا ينفك حجرها عن المال ببلوغها ـ كما لا ينفك عن نكاحها ـ حتى تزوج ويدخل بها زوجها، فينفك حجرها عن الأمرين جميعا.

فإن قيل: فإنها ولاية مستحقة من غير تولية، فوجب أن لا يجوز نقلها

(١) هكذا بالأصل.

بالوصية، أصلها الولاية على الطفل، أو على ماله، مع بقاء الأب، وهو أن الأم إذا كان لها طفل وله مال، فأوصت على رجل بماله أو عليه ـ والأب باق ـ؛ لما كانت هذه الولاية تنتقل إلى الأب من غير تولية، فإذا نقلته بوصية؛ لم ينتقل، كذلك ولاية التزويج تنتقل إلى الجد من غير تولية، فإذا نقلها الأب بوصية؛ لم تنتقل.

قيل: إن الأم ليست لها ولاية أصلا، فنقلها ما ليس إليها إلى غير من إليه الولاية لا يصح، والأب وال بنفسه ولاية يتخصص بها من بين سائر الأولياء؛ لأن له أن يعقد جبرا، فله أن ينقل ما إليه إلى من يختاره؛ لتخصصه بالولاية، لما فيه من فضل النظر والاحتياط، وولاية الجد (٢٦) وغيره [إذا كانت][١] بغير تولية؛ فهي أضعف من ولاية الأب لما ذكرناه، فجاز للأب الذي هو أقوى ولاية أن ينقلها عن الجد، لما ذكرناه من فضل نظره.

وعلى أن كل ما ذكروه مستنكر بالثلث، فإنه [إن][٢] لم يوص به؛ لانتقل مع الثلثين إلى الورثة، ثم لم يقطع ذلك عنهم وإن كانوا أولياء بغير تولية.

فإن قيل: فإننا [لما][٣] لم ننكر انتقال الملك إلى الورثة؛ انتقلت الولاية إليهم أيضا، كما كانت الولاية على ثلثه وهو مالكه، فكذلك إذا انتقل الثلث إليهم انتقل بولايته، كما إذا انتقل إليهم الثلثان صارت الولاية لهم عليه كما كانت في حياته.

---

(١) في الأصل: فإذا كان.

(٢) ساقط من الأصل، ويقتضيها السياق.

(٣) ساقطة من الأصل، ويقتضيها السياق.

على أن الملك قد ينتقل إلى الورثة كبارا كانوا أو صغارا، فإذا كانوا كبارا كلهم؛ الولايةُ في حقوقهم[1]، وهم أولياء بلا تولية، وإن كانوا صغارا؛ انتقل الملك إليهم، والولاية فيه إلى السلطان بتولية الله ﷻ باختيار المسلمين، أو إلى الحاكم بتولية الإمام، ثم للأب أن ينقل هذه الولاية إلى من يختاره؛ لأنها كانت له في حياته كولاية النكاح الذي قد تخصص فيه بفضل على سائر الأولياء.

فإن قيل: فإنما طلب الولي في النكاح لكي لا توضع في غير كفء؛ لأنه يلحقه العار إذا وُضعت في غير كفء، والوصي لا يلحقه العار[2]، فالولي أحق حتى ينحسم أن توضع في غير كفء.

قيل: الوصي إن وضعها في غير كفء؛ فسخ النكاح، كما لو فعل الأب ذلك في البكر.

على أن العلة إن كانت في منع الوصي من التزويج هي أن العار لا يلحقه؛ فهي منتقضة بالحاكم، فإنه يزوج والعار لا يلحقه، ثم إن أنكح الوصي بغير كفء؛ كان للأولياء الذين هم عصبة رد ذلك، ألا ترى أن الأب في حياته لو وكل من يزوج بناته الثُّيَّب والأبكار، وفوض ذلك إلى الوكيل، فوضعهم في غير أكفاء؛ رد ذلك، فكذلك الأولياء مع الوصي.

فإن قيل: لما لم يكن للأب صرف الثلثين عن الأولياء في حال الممات ـ وإن كان له التصرف (٢٧) فيه دونهم، وهو حر؛ لأن الله جل وعز نقل ذلك

(١) هكذا بالأصل، ولعل الصواب: لهم الولاية في حقوقهم.
(٢) هذا الاعتراض قريب من عبارة الشافعي في الأم (٦/٥٢).

إليهم ـ؛ فكذلك بضع بناته؛ لأن الله تعالى جعل ذلك إليهم.

قيل: إنما جعل الله تعالى ولاية التزويج إليهم ما لم ينقلها الأب، فأما إذا نقلها الأب؛ فلا.

على أن اعتبار ما تنازعناه بالثلث أولى؛ لأن له رد الولاية فيه إلى غيره في حال حياته، كالثلث الذي له أن يصرفه بنفسه في حياته، وله أن يوصي به إلى من يختار بعد وفاته، وليس كذلك الثلثان؛ لأنه لا يصرفه في مرضه إلى غير الورثة على الوجه الذي يصرف الثلث فيه، فله الولاية في الثلث كما هي في التزويج، فيجوز نقل التزويج كما يجوز نقل ولاية الثلث، على أن له أيضا أن ينقل ولاية الثلثين إذا كان ولده أصاغر، فكذلك ينقل ولاية تزويجهن. وبالله التوفيق.

فإن قيل: إن الولاية في النكاح مستحقة بأحد شيئين: إما بالنسب مع الميراث، أو بالولاية من جهة الحكم؛ بدليل أن الأب المسلم، الحر، له نسب، وميراث؛ فله أن يزوج، ولو كان عبدا؛ لم يزوج؛ لأنه لا يرث، وليس بين الوصي وبينها نسب، ولا ولاية من جهة الحكم.

قيل: قد أخللتم بقسم آخر، وهو الولاية التي من جهة الأب، كما كان له أن يوكل في حياته؛ كذلك له أن يوليها بعد وفاته، على ما بيناه في نقل ولاية مالهن إذا كن أصاغر [إن ورثنه][1] عنه، وكذلك له أن ينقل ولاية نكاحهن كما ينقل ولاية مالهن.

فإن قيل: لو كان الوصي يملك الولاية بعد موت الأب؛ لم تختص ولايته

(١) في الأصل: وإن ورثته.

بالإذن، ألا ترى أن الجد، والقاضي، وكل الأولياء؛ لما ثبتت لهم الولاية بعد موت الأب؛ لم تتعلق ولايتهم بالإذن، على أن الوصي لا يملك بالإذن.

قيل: قد بينا أن ولايته في النكاح كهي في المال الذي ينتقل إلى الحاكم بعد موت الأب، ثم له أن يقطعه إلى الوصي (٢٨) فيصير إليه بإذن.

مسألة (٥):

اختلف قول مالك في النكاح الموقوف، فقال: يجوز إن أجيز بالقرب[1]، سواء وقف على إجازة الولي، أو إجازة الزوج، أو إذن المرأة فيه[2].

[وقد][3] قال فيه [أيضا][4]: لا يجوز أن يقف[5] [على حال][6].

وقد قال أبو حنيفة: النكاح الموقوف ينعقد ويقف على الإجازة، فإن

---

(١) هذا إذا عقد النكاح غيرُ وليّ ولم تعقده المرأة بنفسها، فإن زوجت المرأة نفسها وعقدت عقدة النكاح من غير ولي قريب ولا بعيد من المسلمين؛ فإن هذا النكاح لا يقر أبدا على حال، وإن تطاول وولدت الأولاد، ولكنه يلحق الولد إن دخل، ويسقط الحد، ولا بد من فسخ النكاح على كل حال. الجامع لأحكام القرآن (٢/٧٠) وانظر أيضا التمهيد (١٤/٧٤ ـ ٨٠) المعونة (٢/٥٤٠) الإشراف (٣/٢٩٤ ـ ٢٩٥).

(٢) وصورة الأول أن يتزوج الرجل امرأة من رجل ليس بولي لها، ويقف الأمر على إجازة وليها، فإن أجازه وإلا بطل العقد، وصورة الثانية أن يزوج الرجل رجلا بامرأة بغير إذنه ويوقف ذلك على إجازته، وصورة الثالثة: أن يزوج الرجل رجلا بامرأة بغير إذنها ويوقف ذلك على إجازتها.

(٣) في الأصل: فقد، والمثبت من عيون المجالس. وهو الأنسب للسياق.

(٤) ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس.

(٥) وهذا أصح وأقيس كما قال القاضي عبد الوهاب في الإشراف (٣/٢٩٥).

(٦) ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس.

وجدت الإجازة؛ فقد صح ونفذ، وإن لم تقع الإجازة؛ بطل، كقولنا فيه[1].

ويفرِّق بينه وبين البيع، فيجوز أن يقف في البيع على إجازة البائع، ولا يقف على إجازة [المشتري][2].

وفي وقوعه في الطرفين جميعا، أعني: إجازة الولي، أو إجازة الزوج [مثل البيع سواء][3]، ولا فرق عندنا بينهما في البيع والنكاح، فيقف في البيع على إجازة البائع في البيع، كما يقف النكاح على إجازة الولي، ويقف في الشراء على إجازة المشتري كما يقف في النكاح على إجازة الزوج.

هذا على الرواية التي يجوز فيها وقف النكاح.

وقال الشافعي: لا يجوز أن يقف النكاح بوجه[4]، وكذلك البيع.

ومسألة البيع تجيء في كتاب البيوع[5].

والدليل لوقف النكاح على إحدى الروايتين ما روته عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن فتاة جاءت إلى رسول الله ﷺ فقالت: «إن أبي ـ ونعم الأب ـ زوجني من

(١) التجريد (٩/٤٢٧٦ ـ ٤٢٨٨) شرح فتح القدير (٣/٢٩٧ ـ ٢٩٩).

(٢) زيادة لا بد منها، ويقتضيها السياق.

(٣) ساقط من الأصل، والمثبت من عيون المجالس.

(٤) روضة الطالبين (٧/٣٧) تكملة المجموع (١٩/١٨٦) وعن أحمد روايتان انظر المغني (٩/١٨٢).

(٥) قال المصنف هناك (٣/١٤٩٥ ـ ١٤٩٦): «ويصح عندنا البيع الموقوف على إجازة المالك، مثل أن يبيع رجل سلعة بغير أمره في البيع ويقف ذلك على إجازته، وكذلك المشتري من غيره سلعة لأحد من غير إذنه يقف الشراء على إجازته. ووافقنا أبو حنيفة على البيع، وخالفنا في الشراء. وقال الشافعي: لا يصح في الأمرين جميعا».

ابن أخيه يرفع بي خسيسته[1]، قالت: فجعل رسول الله ﷺ أمرها إليها، فقالت: قد أجزت ما فعل أبي، ولكني أردت أن يعلم النساء أن ليس للآباء من الأمر شيء»[2].

فموضع الدلالة من الخبر هو أن أباها زوجها، ووقف النكاح على إجازتها هي، فدل على ما ذكرناه.

وأيضا فما روي «أن أم حبيبة بنت أبي سفيان كانت بالحبشة عند النجاشي، فزوجها من رسول الله ﷺ، وأمهرها عنه أربعة آلاف درهم، **وقيل**: أربعة آلاف دينار، وبعث الخبر إلى رسول الله ﷺ، (٢٩) فقبل عليه السلام ذلك وأجاز النكاح»[3].

(١) الخسيس: الدنيء، والخسيسة والخساسة: الحالة التي يكون عليها الخسيس، يقال: رفعت خسيسته ومِن خسيسته؛ إذا فعلت به فعلا يكون فيه رفعته. النهاية (٢٦٣).

(٢) أخرجه النسائي (٣٢٦٩) وابن ماجه (١٨٧٤) والبيهقي (١٩٠/٧ ـ ١٩١) وقال: «هو مرسل لأن ابن بريدة لم يسمع من عائشة».
وقال ابن التركماني في الجوهر: «وابن بريدة ولد سنة خمس عشرة، وسمع جماعة من الصحابة، وقد ذكر مسلم في مقدمة كتابه أن المتفق عليه أن إمكان اللقاء والسماع يكفي في الاتصال، ولا شك في إمكان سماع ابن بريدة من عائشة، فروايته عنها محمولة على الاتصال، على أن صاحب الكمال صرح بسماعه منها». هامش السنن الكبرى (١٩٠/٧)
قلت: ويشهد له حديث الخنساء بنت خدام أن أباها زوجها وهي كارهة فرد رسول الله ﷺ نكاحها. أخرجه البخاري (٥١٣٨) وكذا باقي الأحاديث الصحيحة في هذا الباب.

(٣) أخرجه البيهقي (٢٢٥/٧) والحاكم (٢٢/٤) وفي إسناد الحاكم الواقدي وهو متروك، وإسناد البيهقي حسن لكنه مرسل حيث أرسله محمد بن جعفر.
وقد وقع اختلاف فيمن زوج أم حبيبة للنبي ﷺ فقيل: النجاشي كما في هذه الرواية، وقيل: عمرو بن أمية الضمري كما في الإصابة (٣٣٣/٧) وقيل: ابن عمها خالد بن سعيد بن العاص أخرجه البيهقي (٢٢٥/٧ ـ ٢٢٦)، وقيل: أبوها أبو سفيان، أخرجه مسلم=

وأيضا فإن العقد أكد من أحد طرفي العقد؛ بدليل أنه إذا عقدا العقد ثم افترقا؛ لم يبطل، ولو وجد الافتراق بعد وجود الإيجاب، إما إيجاب الولي، أو إيجاب الزوج، ـ وهو أحد طرفي العقد ـ؛ بطل؛ فإذا ثبت هذا ثم رأينا الوقف لا يمنع أحد طرفي العقد ـ أعني وقوفه في المجلس على وقوف الإذن منهما مع كونه ـ[1]؛ فلأن لا يمنع العقد الذي هو آكد أولى.

وأيضا فإن ما في طرفي العقد نافى أحد طرفيه، ألا ترى أن تعري عقد النكاح من الشهادة عندكم لما نافى طرفي العقد؛ نافى أيضا طرفيه وهو الإيجاب [و][2]القبول؛ لأنه لو قال: زوجتك بنتي [ ][3] لم يصح، فلما لم يناف الوقت أحد طرفيه؛ لم يناف أيضا طرفيه جميعا.

وأيضا فإن عقد الوصية قد يقف على إجازة الوارث، وإن لم يكن له مجيز في الحال ـ لأن الورثة قد يجيزون في الحال ـ فلا يجوز، فلأن يقف العقد الذي له مجيز في الحال أولى، أعني أنه موجود في حال العقد وإن لم يكن حاضرا عند العقد.

= (١٦٨/٢٥٠١) لكن قال البيهقي: «وهذا الحديث في قصة أم حبيبة ـ ﵂ ـ قد أجمع أهل العلم على خلافه، فإنهم لم يختلفوا في أن تزويج أم حبيبة ـ ﵂ ـ كان قبل رجوع جعفر بن أبي طالب وأصحابه من أرض الحبشة، وإنما رجعوا زمن خيبر، فتزويج أم حبيبة كان قبله، وإسلام أبي سفيان بن حرب كان زمن الفتح أي فتح مكة بعد نكاحها بسنتين أو ثلاث، فكيف يصح أن يكون تزويجه بمسألته». السنن الكبرى (٢٢٦/٧) وانظر شرح مسلم للنووي (٥٣/١٦ ـ ٥٤) فقد أفاض في بيان ذلك.

(١) هكذا بالأصل.

(٢) في الأصل: وهو.

(٣) كلمة لم أتبينها بالأصل.

وأيضا فإنه لما جاز أن يقف العقد على الفسخ؛ جاز أن يقف على الإجازة، ولا فرق بين الإجازة وبين الفسخ؛ لأنه لأحدهما أن يفسخ ولا يستقر حكم العقد، كما للولي أو للزوج أن لا يجيز فلا يستقر حكم العقد، [و][1] بيع الخيار عندنا واقف على الإجازة[2]، وعندهم على الفسخ[3]، وإذا تزوج بامرأة فوجد بها عيبا ترد منه، أو وجدت به عيبا يمنع الوطء، فلكل واحد منهما أن يفسخ، وكذلك في شراء السلعة.

ولنا أن نستدل بقوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[4] أي بأحكام العقود، وهذا عقد قد وضع، وهم يقولون: لا يلزم الوفاء بحكمه.

ولنا أن نفرض المسألة في الولي إذا زوج من ليس بحاضر، ثم قال الزوج (٣٠) بعد ذلك: قد قبلت.

قال النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[5]، فدليله أنه إذا كان ولي فزوج؛ فهو نكاح.

فإن قيل: فقد روت عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها فنكاحها باطل باطل باطل ثلاثا»[6].

---

(١) ساقط من الأصل.

(٢) انظر المعونة (٢/٧٥٩).

(٣) وهو القول الجديد للشافعي، والقديم أن البيع ينعقد ويكون موقوفا على إجازة المالك. انظر روضة الطالبين (٣/٣٥٥).

(٤) سورة المائدة، الآية (١).

(٥) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).

(٦) تقدم تخريجه (٥/٣٠٨).

فحكم ﷺ ببطلان نكاحها إذا عقدت بغير إذن وليها.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أن هذا ورد في كل امرأة تتولى العقد على نفسها، ألا تراه قال: «نكحت»، ونحن نقول بموجب هذا الخبر، ولا يدل على مسألة الخلاف.

والجواب الآخر: هو أن الولي إذا أذن؛ فقد نكحت بإذنه، وإن كان قد تأخر إذنه.

ثم دليل الخطاب لنا من جهة أخرى؛ وهو أن دليله أنها إذا نكحت بإذن الولي؛ كان نكاحا، سواء تقدم قبول الزوج أو تأخر؛ لأنها نكحت بإذن الولي، والنبي ﷺ أبطل نكاحا ليس فيه إذن الولي وإن وقع في ثان.

فإن قيل: فإنه عليه السلام أبطل نكاحها إذا عقدت بغير إذن الولي، وهي قد عقدت بغير إذنه، فوجب أن يبطل وإن أجازه الولي.

قيل: قد أجبنا عن هذا وقلنا: إنه يقتضي إذا تولت العقد بنفسها؛ بدليل أن الولي لو أذن لها فعقدت هي؛ لكان العقد باطلا[1].

وأيضا فإنه عليه السلام أبطل نكاحها، ولسنا نسميه نكاحا حقيقة إلا بعقد أجازه الولي، فإذا ثبت أنه يكون نكاحا حقيقة بعد إجازة الولي؛ فهو نكاح فيه إذن الولي، فعلمت أن الخبر لم ينصرف إليه.

على أن الخبر يتضمن الإذن الذي لا معتبر به عندكم، وإنما المعتبر حضوره العقد أو من يقوم مقامه، وليس هذا في الخبر، فلا تعلق لكم به.

(١) تقدم نحو هذا عن القرطبي (٥/٣٠٤).

وأيضا فينبغي أن يكون له الولاية من كل وجه في إجازة العقد واستئنافه.

وقوله ﷺ: «باطل» مطلقا (٣١) لا يكون فيما يسوغ فيه الاجتهاد، فثبت أنه أراد إذا لم يجزه من له الإجازة.

فإن قيل: فقد روي أنه ﷺ قال: «أيما عبد تزوج بغير إذن سيده فهو عاهر»[١].

فأخبر أنه [فعل][٢] فعلا محرما باطلا، وعندكم أنه لم يفعل باطلا، والعاهر الزاني، ولكن عبر بالزنا عن التحريم الذي هو من أحكام الزنا.

---

(١) أخرجه بهذا اللفظ أبو داود (٢٠٧٨) والترمذي (١١١١ - ١١١٢) وأحمد (٣/٣٨٢) عن جابر، وحسنه الترمذي، وقال ابن دقيق العيد في الإلمام (١٠٨١) في إسناده ابن عقيل ومن يحتج به يصححه. قلت: وفيه أيضا القاسم بن عبد الواحد وهو مقبول كما في التقريب (٤٥٠) أي حيث يتابع وإلا فلين الحديث. وقد تابعه الحسن بن صالح كما في المسند (٣/٣٠١) وابن جريج في المسند أيضا (٣/٣٧٧) وحسنه الألباني في الإرواء (٦/٣٥٢)، وقال: الصواب قول الترمذي للخلاف المعروف في ابن عقيل.
وأخرجه أبو داود (٢٠٧٩) عن ابن عمر مرفوعا بلفظ: «إذا نكح العبد بغير إذن مولاه فنكاحه باطل». وقال أبو داود: «هذا الحديث ضعيف وهو موقوف، وهو من قول ابن عمر»، وقال الترمذي: «لا يصح».
ورواه ابن ماجه (١٩٦٠) عن ابن عمر بلفظ: «أيما عبد تزوج بغير إذن مواليه فهو زان»، وفيه مندل بن علي العنزي وهو ضعيف كما في التقريب (٥٤٥).
تنبيه: انقلب إسناد الحديث على بعض الرواة عند ابن ماجه (١٩٥٩) فجعل ابن عمر مكان جابر، وإسناده هكذا: حدثنا أزهر بن مروان، ثنا عبد الوارث بن سعيد، ثنا القاسم بن عبد الواحد، عن عبد الله بن محمد بن عقيل، عن ابن عمر. وجرى البوصيري على ظاهره فقال في زوائده: هذا إسناد حسن.. وخفي عليه أنه خطأ، وهو عندي من شيخ ابن ماجه أزهر بن مروان فإنه ليس بالمشهور كثيرا.. الإرواء (٦/٣٥٢).

(٢) ساقطة من الأصل.

قيل: إن هذا وارد فيمن منعه سيده من النكاح فتزوج بعد المنع، فإنه محرم عليه أن يتزوج، فأما إذا لم يتقدم من سيده منع له؛ فجائز أن يتزوج، ويقف نكاحه على إجازة سيده، إن أجازه؛ استقر حكمه، وإن فسخه؛ انفسخ، فإن أقام عليه بعد هذا؛ صار زانيا إن وطئ فيه، فحمْل الخبر في أنه «عاهر» على هذا أولى؛ لأنه يكون محمولا على الحقيقة، فهو أولى من حمله على المجاز، فالمقصد من الخبر أن لا يخالف إرادة سيده في ذلك، وإنما يعلم إرادة سيده بأن يجيز النكاح أو يفسخه.

فإن قيل: فينبغي أن يستعلم إرادة سيده قبل [أن](1) يعقد.

قيل: كذا ينبغي، فإن لم يفعل؛ جاز أن يستعلمه بعد النكاح، فإما أن يجيز أو يفسخ، وليس إذا كان لاستعلام إرادة السيد طريقان: **أحدهما**: قبل النكاح، والأخرى بعده، ففرط في أحدهما؛ ما يبطل الطريق الآخر.

فإن قيل: فإنه نكاح لا يملك الزوج المكلف به إيقاع الطلاق، فوجب أن لا ينعقد، أصله نكاح المعتدة؛ لأن في النكاح الموقوف لا يقع الطلاق.

قيل: إن العقد إذا عقد بغير إذن سيده ثم طلق قبل [أن](2) يعلم سيده؛ فإن طلاقه يقع عندنا، فكذلك كل نكاح موقوف من جهة الولي بعد أن اختاره الزوج.

فإن قيل: فإننا وجدنا للنكاح أحكاما يختص بها: منها وقوع الطلاق، ومنها الظهار، والإيلاء، [وعدة](3) (٣٢) الوفاة، والموارثة، وشيء من هذه

---

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) ساقطة من الأصل.

(٣) ساقطة من الأصل.

الأحكام لا يثبت في النكاح الموقوف، فعلم أنه لم ينعقد أصلا كالمتعة؛ لأننا إنما أنكرنا على الشيعة المتعة بهذا، وهو أنه لما لم يثبت فيه شيء من أحكام النكاح المختصة به؛ عُلِم أنه لم ينعقد.

قيل: ليس ينبغي أن يكون العقد باطلا من أجل ما ذكرتم؛ لأننا نجد نكاح الصبي الصغير جائزا وإن لم يصح منه الظهار، والإيلاء، والطلاق عقيب العقد، وإن كان قد يصح في ثان، كذلك العقد الموقوف.

فأما الموارثة؛ فالنكاح يصح وإن لم تتعقبه الموارثة كنكاح الكتابية.

على [أنه][1] يبطل به إذا كان الزوج والولي حاضرين، فقال الولي: قد زوجتك، ثم مات الزوج قيل يقبل[2].

فإن قيل: هاهنا لم يحصل العقد، وإنما حصل أحد طرفيه.

قيل: قد قلنا: إن وقوفه على أحد طرفيه لا ينفيه، [فلأن لا ينفيه][3] بوقوف العقد الذي هو آكد؛ أولى.

وأما العدة؛ فقد يطلق الزوج قبل الدخول فلا تجب العدة، فكذلك النكاح الموقوف قبل الإجازة.

على أن أحكام النكاح إذا تقرر؛ أوجبها، ولم نقل: إن النكاح تقرر، وإنما هو مراعى، **وليس حكم المراعى حكم المقرر**، ألا ترى أن مع الخيار

(١) في الأصل: أن.

(٢) هكذا بالأصل، ولعل الصواب: ثم مات الزوج قبل أن يقبل.

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل.

لا تقرر أحكامه قبل الخيار، وما لم يكن فيه خيار؛ فحكمه مقرر، ولم يجز أن يقال: لما لم يتقرر حكم بيع الخيار؛ لم ينعقد أصلا.

فإن قيل: لو عقد على خامسة؛ كان العقد باطلا، ولم يجز أن يقف على طلاق واحدة منهن، حتى إن طلق واحدة منهن صح العقد، وإن لم يطلق بطل، فكذلك أيضا لا يقف على وجود الإجازة من الولي، حتى إن وجد جاز ونفذ، [و][1]إن لم يوجد بطل؛ لأن إذن الولي شرط في إنفاذ النكاح، [كما][2] أن طلاق الواحدة شرط في نفاذ العقد على الخامسة، ألا ترى أنه لو طلق ثم عقد على الخامسة صح.

قيل: العقد على الخامسة لا يصح أصلا، ولا يقع إلا بعد طلاق واحدة من الأربع أو موتها، فهاهنا العقد (٣٣) واقع، وإنما يقف على اختيار من يقف على اختياره، فلم يستويا، ألا ترى أن ولي الخامسة، والزوج، وهي، والشهود؛ لو حضروا؛ لم ينعقد العقد، وفي مسألتنا لو حضروا فأجازوا؛ صح العقد، فثبت بهذا أن نفس العقد على الخامسة لو أوقفناه؛ لم يكن وقوفه على إجازة من يجيزه، فهو كقولك: أتزوجك إذا جاء رأس الشهر.

وإن قاسوا ذلك على المعتدة بعلة يذكرونها؛ **قيل:** المعتدة لا يصح نكاحها في الحال على وجه، وهذه يصح نكاحها في الحال بلا وقف.

فإن قيل: فإنها إذا استؤذنت أو استؤذن الزوج بالقرب؛ أجزتموه، وإن تباعدا؛ أبطلتموه.

(١) ساقطة من الأصل.
(٢) في الأصل: حكما.

قيل: إذا أجزنا النكاح الموقوف؛ فلا فرق في القياس بين الإجازة بالقرب أو البعد، وإنما استحسن فسخه إذا بعد ونجيزه بالقرب؛ لأن اليسير مجوز في الأصول كقليل العمل في الصلاة، والدم اليسير في الثوب والبدن، والغرر اليسير في البياعات، وإذا تباعد؛ بخلاف ذلك.

والقياس في الأصول عندي يوجب أن لا يقف عقد النكاح، فلا فرق بين الإجازة في القرب أو البعد.

والفرق بينه وبين البيع؛ أن البيع يدخله الخيار، وليس كذلك النكاح.

فإن قيل: فإن حديث الفتاة إنما كان نكاحها موقوفا على الفسخ؛ لأن عندنا أن الأب إذا وضع بنته في غير كفء؛ كان لها الفسخ، وأبوها كان قد وضعها في غير كفء، ألا ترى أنها قالت: «يرفع بي خسيسته»[1]، ونحن نجوز أن يقف النكاح على الفسخ.

وأيضا لا خلاف في وقوفه على الإجازة، ونفرق بين الوقف على الفسخ والإجازة.

قيل: لا فرق بينهما في أن العقد يرتفع بترك من يجيز، ويرتفع بفسخه.

على أن الخبر يدل على أن النكاح كان موقوفا على الإجازة؛ لأنها قالت: «قد أجزت ما فعل أبي، وقالت: أردت أن يعلم النساء أن ليس للرجال من ذلك شيء»[2]، فدل على أنها نكحت من غير إذنها.

---

(١) تقدم تخريجه (٣٢٩/٥).

(٢) تقدم تخريجه (٣٢٩/٥).

فإن قيل: فإن حديث أم (٣٤) حبيبة وهو أن النجاشي إنما زوجها من رسول الله ﷺ بتوكيل من النبي ﷺ[١]؛ لأن أم حبيبة كانت بالحبشة وكانت مسلمة، وأبو سفيان أبوها كافر، فمات زوجها، فبعث رسول الله ﷺ بعمرو بن أمية الضمري حتى يزوجه بها ابن عمها خالد بن سعيد[٢]؛ لأنه لا ولاية لكافر على مسلمة، وكانت الولاية لابن عمها.

على أنه يجوز أن يكون بعث النجاشي إلى النبي ﷺ، فلم يقف العقد عليه حتى بعث بعمرو بن أمية الضمري، فتزوجها من ابن عمها بنكاح صحيح.

قيل: يجوز أن يكون أنفذ عمرو بن أمية لشيء غير هذا، أو لتخطيب لا لتزويج، ويجوز أن يكون الرسول لم يصل إلى النجاشي إلا بعد التزويج، يدل عليه ما حكيناه عن الزهري في حديثه «أن النجاشي زوج أم حبيبة من رسول الله ﷺ، وكتب إليه فقبل النكاح وأجازه»[٣]، فلو وقع النكاح على ما ذكروه؛ لم يكن لاعتبار الإجازة أو القبول معنى.

فإن قيل: قياسكم على الوصية؛ لا يصح؛ لأنها تصح وليس لها مجيز في الحال، والبيعُ والنكاح إذا لم [يكن][٤] لهما مجيز في [الحال][٥]؛ لم يصحا، فإن عقد الوصية يصح بالمجهول وبغير مخلوق، مثل أن يوصي بحمل

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٢٩).

(٢) أخرجه ابن سعد في الطبقات (٨/٩٨ ـ ٩٩) والحاكم (٤/٢٩) من طريق الواقدي. وهو ضعيف. وقد تقدم بيان الخلاف في هذا.

(٣) تقدم تخريجه (٥/٣٢٩).

(٤) ساقط من الأصل.

(٥) في الأصل: المال.

نخلة أو ما تحمله ناقته، فجاز أن يقف على الإجازة، والنكاح لا ينعقد على ما لم يخلق، مثل أن يقول: زوجتك بما تحمل أمتي هذه؛ لم يقف على إجازة.

والفرق بين الوقف على الإجازة وبين الوقف على الفسخ؛ أن العقد إذا وقف على الفسخ؛ فإنه قد وُجد جميع شرائط العقد؛ بدلالة أنه لو مضت المدة ولم [يجز][1] انفسخ بعد العقد بشرائطه من غير أن يحتاج إلى معنى، فلهذا صح وقوفه عليه، وليس كذلك الإجازة؛ لأن شرائط العقد لم توجد بعد؛ لأن الولي شرط في العقد، وما كان شرطا في العقد فإنه إذا تراخى عن حال العقد؛ منَع انعقاده وصحته، (٣٥) كالشهادة.

قيل: أما الفصل الأول بين الوقف في مسألتنا وبين الوصية؛ فهو حجتنا؛ لأن العقد الموقوف له مجيز في الحال، فوقوفه عليه يصح، فهو أولى مما لا مجيز له في الحال.

وأما الفصل الثاني من العقد على ما تحمله الجارية والوصية به؛ فإن هذا الفرق لا تأثير له في باب الوقوف، ألا ترى أن خيار الفسخ في النكاح قد جاز كما جاز الخيار في قبول الوصية وردها، وفي البيع أيضا، فلا يمتنع إذا اجتمعت الوصية والنكاح في خيار الفسخ أن يجتمعا في الوقف على الإجازة، وإن افترقا في حكم آخر.

وأما الفرق الذي ذكرتموه بين الوقف على الإجازة وبين الوقف على الفسخ؛ فلا فرق بينهما؛ لأن الفسخ يرفع حكم العقد كرد المجيز في النكاح

(١) في الأصل: يجيز.

إذا لم يجزه، والمعنى الذي ذكروه من مضي [أيام][1] الخيار أو ترك الرد بالعيب هو معنى يقرر حكم العقد كالإجارزة سواء، والشهادة ليست عندنا شرطا في النكاح[2].

فإن قيل: ما ذكرتموه من أن الوقف لما لم يمنع أحد طرفي العقد؛ لم يمنع العقد لأنه آكد.

فإننا نقول لكم: الفرق بينهما هو أن الوقف الذي ينافي كمال العقد عندنا فإنه ينافي أحد طرفيه أيضا، وذلك أن الوقف الذي ينافي العقد هو [الموقوف][3] على إجازة من هو مالك له؛ لأن الأجنبي إذا زوج [ولية][4] رجل بغير إذنه؛ يقولون: إنه يقف على إجازة الولي، وهو مالك لهذا العقد، وعندنا هذا ينافي العقد، وهذا الوقف أيضا ينافي أحد طرفيه؛ لأنه لو قال للأجنبي: زوجتك بنت فلان، ولم يأذن له وليها؛ كان هذا إيجابا باطلا لا حكم له.

وأما الإيجاب من الولي على قبول الزوج لم يقف على إجازة من هو مالك له؛ لأن الزوج لا يملك الإيجاب وإنما يملك القبول.

قيل[5]: هذا غلط [ ][6] من وقوف العقد على إذن الولي إذا عقده الأجنبي فهو عقد واقف على إجازة من هو مالك له، فمثله إذا عقد الولي

(١) في الأصل: الأيام.
(٢) وسيناقش المصنف ذلك بتفصيل فيما سيأتي (٣٩١/٥).
(٣) في الأصل: وقوف.
(٤) في الأصل: وليه.
(٥) هكذا بالأصل، ولم يتقدم اعتراض لهذا الجواب.
(٦) كلمة لم أتبينها من الأصل.

على بنته وقبل منه الأجنبي للزوجة، وقال له (٣٦) أجنبي: أنا أقبل منك تزويج بنتك من فلان؛ فإن العقد يقف على إذن فلان الذي هو مالك له، فلا فرق بين الأمرين، والولي يملك ما إليه، والزوج يملك ما إليه من ذلك على ما أطلقتموه، فلا فرق بين الإيجاب والقبول في أن الموجب مالك لذلك، والقابل مالك لذلك.

ثم مع هذا فكل واحد من الولي والزوج موجب وقابل، فإيجاب العقد لا يتم إلا بإيجابهما وقبولهما جميعا، ألا ترى أنه لو بدأ الولي فقال للزوج: قد زوجتك بنتي، وقال الزوج: قد قبلت لصح العقد، ومثله عندنا لو قال الزوج: قد تزوجت بنتك على صداق كذا، فقال الولي: قد قبلت تزويجك إياها على ما ذكرت، فصح النكاح وبالله التوفيق.

فإن قيل: حديث الفتاة[1] التي شكت أباها إلى النبي ﷺ قد ردت، فانفسخ نكاحها عندكم، فيكف يجيز مفسوخا.

قيل: غلط لم ترد، وإنما ذكرت الحال فجعل لها التخيير، وكيف يكون مفسوخا وهو يقول لها: أجيزي ما فعل أبوك، وتقول هي: «قد أجزت فعله»، ولا ينكر عليها، فدل أنها لم ترد، وإنما أرادت أن تعلم الحكم الشرعي في ذلك.

وأيضا فإنه عقد له مجيز موجود، تصح إجازته في الحال، فيجوز وقوفه على إجازته؛ دليله الوصية وصدقة الملتقط باللقطة، فإنما تقف على إجازة

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٢٩).

من وصى له وقبوله، وعلى [مالك][1] اللقطة[2].

مَسْأَلة (٦):

وللأب أن يجبر بنته البكر على النكاح، صغيرة كانت أو كبيرة[3].

وبه قال ابن أبي ليلى، والشافعي، وأحمد، وإسحاق[4].

وقال الأوزاعي، وسفيان الثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه: إن كانت صغيرة؛ فللأب أن يجبرها، وإن كانت كبيرة؛ لم يكن ذلك له[5].

فحصل الخلاف في الكبيرة[6]، وأما البكر الصغيرة؛ فلا خلاف فيها. (٣٧)

(١) في الأصل: مالكه.

(٢) قال شيخ الإسلام: «ووقف العقد على الإجازة فيه نزاع مشهور بين العلماء، والأظهر فيه التفصيل بين بعضها وبعض». مجموع الفتاوى (٣٢/٣٠).

(٣) والبكر على ثلاثة أوجه: أحدها: أن تكون بكرا في خدرها. والثاني: أن تكون بكرا تأيمت من زوج. الثالث: أن تكون بكرا معنسة. فإن كانت بكرا في خدرها غير معنسة في حالها، فلا خلاف في المذهب أن للأب أن يجبرها على النكاح، وهل يندب الأب إلى مؤامرتها أم لا؟ قولان.. مناهج التحصيل (٣/٢٩٢ ـ ٢٩٧) وانظر أيضا المدونة (٢/٢٦٥ ـ ٢٦٦) التمهيد (١٤/٦٧ ـ ٧٣) الإشراف (٣/٢٨٧ ـ ٢٨٨).

(٤) الأم (٦/٤٥ ـ ٤٨) نهاية المطلب (١٢/٤٢) المغني (٩/٢٠٠ ـ ٢٠٢) مسائل الإمام أحمد وإسحاق برواية الكوسج (٤/١٤٦٦ ـ ١٤٦٩) الفتح (١١/٤٨٢).

(٥) التجريد (٩/٤٣٠١ ـ ٤٣١٣) شرح مشكل الآثار (٣/٤٨٣ ـ ٤٩٦) شرح فتح القدير (٣/٢٥٢ ـ ٢٥٥) وانتصر لهذا القول ابن القيم قائلا: «وهو القول الذي ندين الله به، ولا نعتقد سواه، وهو الموافق لحكم رسول الله ﷺ وأمره ونهيه، وقواعد شريعته، ومصالح أمته». ثم سرد ﷺ الأدلة على ذلك. انظر زاد المعاد (٥/٨٨ ـ ٩٠).

(٦) قال ابن الهمام: «ومبنى الخلاف أن علة ثبوت ولاية الإجبار أهو الصغر أو البكارة؟ فعندنا=

والدليل لقولنا ما رواه سفيان بن عيينة، عن زياد بن سعيد، عن عبد الله بن الفضل، عن نافع بن جبير، عن ابن عباس، أن النبي ﷺ قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها، والبكر تستأذن، وإذنها صماتها»[1].

والدلالة من الخبر من وجهين:

أحدهما: من دليل الخطاب، وهو أنه قال: «الثيب أحق بنفسها من وليها»، [فمفهومه أن البكر بخلاف ذلك][2]، وأن وليها أحق بنفسها منها[3].

= الصغر، وعند الشافعي البكارة.. أما البكارة؛ فمعلوم إلغاؤها من الصريح، والدلالة، ونوع من الاقتضاء، ومقصود الشرع...». شرح فتح القدير (٣/٢٥٢).
وأما مذهب مالك؛ فقد اضطرب في ذلك، فمرة اعتبر البكارة على الانفراد، ومرة اعتبر الحياء على الانفراد، ومرة اعتبر الوصفين على الضم والجمع، ومشهور مذهبه أن الاعتبار بالحياء على الانفراد، فإن وجدت معه البكارة؛ كان، وإلا فيجتزئ بالحياء على الانفراد، وهو ظاهر قوله في الثيب الصغيرة، وفي التي طالت إقامتها مع زوجها، وفي التي زنت مرة واحدة، وفي المعنسة على أحد الأقوال. قاله الرجراجي في مناهج التحصيل (٣/٢٩٧)
وجنح ابن عبد البر إلى أن المعتبر في المذهب هو البكارة. التمهيد (١٤/٧٣)
وقال ابن القيم: «وقد اختلف الفقهاء في مناط الإجبار على ستة أقوال: أحدها: أنه يجبر بالبكارة، وهو قول الشافعي ومالك وأحمد في رواية. الثاني: أنه يجبر بالصغر، وهو قول أبي حنيفة وأحمد في الرواية الثانية. الثالث: أنه يجبر بهما معا، وهو الرواية الثالثة عن أحمد. الرابع: أنه يجبر بأيهما وجد، وهو الرواية الرابعة عنه. الخامس: أنه يجبر بالإيلاد، فتجبر الثيب البالغ، حكاه القاضي إسماعيل عن الحسن البصري، قال: وهو خلاف الإجماع، قال: وله وجه حسن من الفقه، فيا ليت شعري ما هذا الوجه الأسود المظلم؟! السادس: أنه يجبر من يكون في عياله، ولا يخفى عليك الراجح في هذه المذاهب». زاد المعاد (٥/٩٠ ـ ٩١).

(١) أخرجه بهذا اللفظ مسلم (١٤٢١/٦٧).
(٢) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.
(٣) وهذا إنما يدل بطريق المفهوم، ومنازعوكم ينازعونكم في كونه حجة، ولو سلم أنه حجة؛ فلا يجوز تقديمه على المنطوق الصريح، وهذا أيضا إنما يدل إذا قلت: إن للمفهوم عموما، =

والوجه الثاني: هو أنه ﷺ قصد به التفرقة بين البكر والثيب في الإذن، وكونها أحق أو ليست بأحق، ولا تحصل التفرقة بين البكر والثيب إلا فيما ذكرناه، وهو أن الثيب لا تجبر، والبكر تجبر، ولا يفتقر إلى إذنها ورضاها.

فإن قيل: نحن نبين الفرق بين الثيب والبكر، وهو أن الثيب لا بد من نطقها، ولا يدل سكوتها على رضاها، والبكر تستأذن، فيكون سكوتها إذنا منها ورضا، ولا يفتقر إلى نطقها.

قيل: إنما يجب أن تكون التفرقة من حيث قصد صاحب الشرع عليه السلام، والنبي ﷺ إنما قصد التفرقة بينهما في اعتبار الإذن وعدمه.

فإن قيل: فقد روي الخبر بلفظ آخر، وهو قوله عليه السلام: «الأيم أحق بنفسها»[1].

فهو عام في الثيب والبكر؛ لأن الأيم هي التي لا زوج لها.

قيل: اسم الأيم يقع عليها كما ذكرتم، ولكن المراد بالأيم الثيب من وجهين:

أحدهما: ما رويناه في الخبر من قوله: «والثيب أحق بنفسها».

والثاني: أنه قال [عقيبه][2]: «والبكر تستأذن».

= والصواب أنه لا عموم له، إذ دلالته ترجع إلى أن التخصيص بالمذكور لابد له من فائدة، وهي نفي الحكم عما عداه، ومعلوم أن انقسام ما عداه إلى ثابت الحكم ومنتفيه فائدة، وأن إثبات حكم آخر للمسكوت عنه فائدة، وإن لم يكن ضد حكم المنطوق، وأن تفصيله فائدة، كيف وهذا مفهوم مخالف للقياس الصريح، بل قياس الأولى كما تقدم، ويخالف النصوص المذكورة. زاد المعاد (٥/٩٠).

(١) تقدم تخريجه (٣١٧/٥).

(٢) في الأصل: عقيبة.

فعلم أن المراد بالأيم الثيب[1].

وقوله أيضا: «والبكر تستأذن» أمر، فهو على الوجوب في الصغيرة والكبيرة إلا أن تقوم دلالة.

قيل: نحمله على الاستحباب بما ذكرناه من دليل الخطاب الذي هو خاص[2].

وأيضا فإن للأب أن يجبرها وهي صغيرة بالاتفاق[3]، فنحن على ذلك حتى يمنع منه دليل.

وأيضا فقد قال (٣٨) النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[4]، فدليله أنه إذا عقد الولي؛ كان نكاحا، سواء استأذنها فرضيت أم لا، إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَـٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾[5]، فأمر بإنكاحهن أمرا ظاهره الوجوب، فهو عام، سواء رضين وأذن [أم لا][6]، إلا أن تقوم دلالة.

---

(١) انظر ما تقدم نقله عن القاضي عياض وغيره (٥/٣١٩).

(٢) يشير المصنف إلى قاعدة من قواعد الأصول، وهي تخصيص العام بمفهوم المخالفة، وقد اختلف فيها الأصوليون، والجمهور على التخصيص به. وإليه الإشارة في المراقي في ذكر المخصصات:

واعتبر الإجماع جل الناس ... وقسمي المفهوم كالقياس

انظر نثر الورود (٢٠٣ ـ ٢٠٤) العقد المنظوم (٢/٢٣٦ ـ ٢٣٧) المستصفى (٢/٥٠).

(٣) ونقل الاتفاق أيضا ابن المنذر في الإجماع (٧٦) وابن قدامة في المغني (٩/٢٠١) والحافظ في الفتح (١١/٤٧٥).

(٤) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).

(٥) سورة النور، الآية (٣٢).

(٦) ساقطة من الأصل.

وأيضا قول النبي ﷺ: «واليتيمة تستأمر»، فدليله أن غير اليتيمة لا تستأمر إلا أن تقوم الدلائل[1].

وأيضا فإن كل من لا [يفتقر][2] نكاحها إلى نطقها ـ مع قدرتها على النطق ـ لا يفتقر إلى رضاها، دليله الأمة، وهذا يستمر على الرواية التي يقول فيها: «إن اليتيمة يزوجها الولي جبرا إذا رأى المصلحة لها فيه»، وإلا انتقض.

وقولنا: «لا يفتقر نكاحها إلى نطقها»؛ احتراز من الثيب؛ لأنه لما افتقر نكاحها إلى نطقها؛ افتقر إلى رضاها.

وقولنا: «مع قدرتها عليه»؛ احتراز من الجبر لها، لأن إذنها شرط في نكاحها، وليس نطقها شرطا فيه لعدم قدرتها عليه.

وأيضا فإن الصغيرة محجور عليها في بضعها ومالها، ثم قد تقرر أن الولاية [على][3] مالها لا تزول إلا [باختبار][4]، كذلك ولاية بضعها لا تزول إلا [بالاختبار][5].

وهذا استدلال منه على أصلنا؛ لأن عندهم أن الصبي إذا بلغ وهو رشيد؛ دفع إليه ماله ولم يختبر، واختبار البكر ـ وإن بلغت عندنا ـ بخلاف اختبار الغلام؛ لأن اختبارها في بضعها ومالها إنما هو بمعرفة الرجال.

---

(١) وقد قامت الدلالة وهي قوله ﷺ: «والبكر تستأمر» أخرجه مسلم (٦٧/١٤٢١).

(٢) في الأصل: يعتقد.

(٣) في الأصل: عن.

(٤) في الأصل: باختيار.

(٥) في الأصل: بالاختيار.

وأيضا فهو عقد تزويج من أب مسلم على عذراء في كفء، فيجب جوازه وإن لم ترض، دليله الصغيرة.

وأيضا فإنها في حجر أبيها في مالها عندنا[1]، فكذلك في بضعها كالصغيرة.

فإن قيل: فقد روى الأوزاعي، عن عطاء، عن جابر: «أن رجلا زوج ابنته وهي بكر، فأتت النبي ﷺ ففرق بينهما»[2].

فلو كان النكاح صحيحا؛ لم يفرق بينهما.

وروى أيوب، عن عكرمة، عن ابن عباس «أن بكرا (٣٩) زوجها أبوها وهي كارهة، فخيرها النبي ﷺ»[3].

قيل: الجواب عن الحديثين جميعا هو أن هذا قضية في عين[4]، فيجوز

---

(١) انظر زاد المعاد (٥/٨٩) وشرح فتح القدير (٣/٢٥٥).

(٢) أخرجه البيهقي (٧/١٩٠) وقال: «هذا وهم، والصواب عن الأوزاعي عن إبراهيم بن مرة عن عطاء عن النبي ﷺ مرسل». اهـ وإبراهيم بن مرة فيه مقال كما قال الحافظ في الفتح (١١/٤٨١) وضعفه ابن عبد البر في التمهيد (١٤/٧٠) وأشار إلى تضعيفه أيضا الطحاوي في شرح مشكل الآثار (٣/٤٩٣ ـ ٤٩٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٠٩٦) وابن ماجه (١٨٧٥) والبيهقي (٧/١٨٩) وقال البيهقي: «هذا حديث أخطأ فيه جرير بن حازم على أيوب السختياني، والمحفوظ عن أيوب عن عكرمة عن النبي ﷺ مرسلا». وكذا قال أبو داود، وقال ابن عبد البر: «غير محفوظ». التمهيد (١٤/٧٠) وذكر الزيلعي طرقه، ونقل تصحيحه عن ابن القطان وغيره، والحديث صحيح بمجموع طرقه، وصححه ابن الهمام (٣/٢٥٢) وابن التركماني في الجوهر كما هامش في السنن الكبرى (٧/١٨٨) وقال ابن حجر: «طرقه يقوي بعضها بعضا». الفتح (١١/٤٨١) وقواه أيضا ابن القيم في تهذيب السنن (٣/٤٠).

(٤) وبنحو هذا الجواب أجاب البيهقي فقال: «وإن صح هذا فكأنه وضعها في غير كفء».=

أن يكون ﷺ فرق بينهما، أو جعل [إليها][1] الخيار؛ لأنه وضعها في غير كفء[2].

ويجوز أن يكون لما تذكرون، فإذا احتمل الأمرين؛ لم يكن لكم صرفه إلى ما تقولون إلا ولنا صرفه إلى ما نقول، [فنحمله][3] على ما قلناه من أنه وضعها في غير كفء؛ بدليل ما ذكرنا.

ويجوز أن يكون زوجها وهي كارهة وكانت ثيبا، وقوله «بكرا» إخبار على ما كان قبل النكاح، أو قول الراوي ظن منه[4].

فإن قيل: فقد روي عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «استأمروا النساء في أبضاعهن»[5].

فهو عام في كل امرأة إلا ما قام دليله.

قيل: يجوز أن نحمله على الاستحباب[6] [في][7] الثيب، وقد قال

= (١٩٠/٧) وقال ابن حجر بعد نقله كلام البيهقي: «وهذا الجواب هو المعتمد، فإنها واقعة عين، فلا يثبت الحكم فيها تعميما». الفتح (٤٨٢/١١) ومثله لابن عبد البر في التمهيد (٧١/١٤).

(١) في الأصل: إليهما.

(٢) إذا نقل الحكم مع السبب؛ فالظاهر تعلقه به، وتعليقه بغيره يحتاج إلى دليل، وقد نقل الحكم وهو التخيير، والسبب وهو الكراهة، ولم يذكر سببا آخر. التجريد (٤٣٠٢/٩).

(٣) في الأصل: بالجملة.

(٤) صرح الراوي بأنها كانت بكرا، فلا يجوز تخطئته بمجرد الاحتمال.

(٥) أخرجه أحمد (٤٥/٦) وإسناده صحيح، وأخرج نحوه البخاري (٦٩٤٦) بلفظ: «قلتُ: يا رسول الله، تستأمر النساء في أبضاعهن؟ قال: نعم».

(٦) لكنه عدول عن الظاهر كما قال القدوري في التجريد (٤٣٠٤/٩).

(٧) في الأصل: على.

ﷺ: «استأمروا النساء في بناتهن»[1]، فكان محمولا على الاستحباب بطيبة النفوس[2].

فإن قيل: فإن كل شخص انفك الحجر عنه في ماله؛ انفك عنه في نفسه، كالغلام.

قيل: لعمري أن كل من انفك الحجر عنه في ماله كان هذا حكمه، وعندنا [لا][3] ينفك الحجر عنها في مالها إلا بالزوج ودخوله، فكذلك في بضعها.

فإن قيل: فإن الفرج محظور حتى يقوم دليل.

قيل: هو معارض بمثله، وذلك أننا قد اتفقنا أنه يعقد عليها صغيرة، فيجب عليه حتى يمنع مانع، على أننا قد ذكرنا أدلة على الحظر.

فإن قيل: فقد روى أبو موسى أن النبي ﷺ قال: «إذا أراد أحدكم أن يُنكح امرأته فليستأمرها، فإن سكتت؛ فقد أذنت، وإن كرهت؛ فلا إذن عليها»[4].

وقد اتفقنا أن الثيب لا يقنع منها بالسكوت، فدل على أنه عليه السلام أراد البكر، فأمْره باستئذانها ظاهره الوجوب، ثم علق الحكم على إذنها فقال: «فإن سكتت فقد أذنت، وإن كرهت فلا إذن عليها»، وهذا يقتضي منع (٤٠)

---

(١) أخرجه أبو داود (٢٠٩٥) وأحمد (٢/٣٤) والبيهقي (٧/١٨٧) وهو ضعيف للجهل بالراوي عن ابن عمر.

(٢) وبنحو هذا أجاب الشافعي في الأم (٦/٤٧).

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) أخرجه أحمد (٤/٣٩٤) والبيهقي (٧/١٩٤) وابن حبان (٤٠٨٥) والحاكم (٢/١٦٦ - ١٦٧) وصححاه، ولكن بلفظ «تستأمر اليتيمة في نفسها، فإن أذنت.. الحديث.

النكاح إذا لم يعلم إذنها.

قيل: إنا نحمل قوله ﷺ في الاستئمار على الاستحباب، «فإن سكتت فقد أذنت، وإن كرهت فلا إذن عليها» معناه: فليس عليها إذن أن تأذن[1]، وكذا نقول: إنه لا يلزمها أن تأذن؛ لأن النظر في ذلك إلى الأب.

فإن قيل: لا يخلو أن يكون ذلك حقا للأب أو لها، فإن كان الحق له دونها؛ فينبغي أن لا يسقط بامتناعه من تزويجها، وإن كان الحق لها دونه؛ فينبغي أن لا تجبر عليه إذا لم ترض، وفي اتفاقنا على أن السلطان يعقد عليها إذا امتنع الأب من تزويجها دليل على أن لا حق للأب فيه.

قيل: قد أخللتم بقسم آخر؛ وهو أن ذلك حق لهما جميعا، فحقه هو أنه ينظر لها ويحتاط، لأنها لا تعرف [الاختيار][2]، فيعقد عليها لمعرفته، وحقها هي هو أنه لا يكرهها إذا وضعها في غير كفء[3]، وإذا امتنع من تزويجها بالكفء وعضلها؛ زوجها الحاكم؛ لأنه قد ترك حقه، وهذا كما تكون [ولايته][4] على مال ابنه الصغير، فإذا امتنع من النظر له في ماله؛ أقام

---

(١) ولكن لا يساعد عليه قوله «فإن كرهت..» ومقابلته للإذن في الأول بعدم الإذن في الثاني.

(٢) في الأصل: الاختبار.

(٣) قال الرجراجي: «وذلك أن ولاية الجبر فائدتها اختصاص الولي بالنظر، واستبداده بالاختيار، وفيما يراه سدادا وصلاحا لوليته، من غير أن يشاركها في رأي، أو يطالعها في أمر، لا في تعين الزوج، ولا في تقدير المهر، لقصور عقلها عن إدراك مصالحها، وقلة خبرتها بأحوال الرجال، ولا جرم فقد وكل الشرع أمرها إلى من هو أشفق الناس عليها، وأكثرهم بها حنانا ورأفة ورحمة، وهو الأب في بنيه الصغار، والسيد في عبيده، فإذا ذهب جلباب الحياء عن وجهها، وباشرت الأمور بنفسها، وعرفت مصالحها، وما يراد منها وبها؛ فقد زال الجبر عنها لزوال علته، وهذا معنى مناسب للحكم، مخيل له». مناهج التحصيل (٢٩٧/٣).

(٤) في الأصل: ولاية.

غيره مقامه فيه، وكذلك إن أخذ في تضييع ماله، وكذلك في أمر بنته في مالها وتزويجها.

ولو قلنا: إن ذلك حق له ما لم يختر تركه؛ لجاز، [و][1]ترك تزويجها إذا طلبته من كفء [اختيار][2] منه لإبطال حقه، فبطل ما [عولوا][3] عليه.

فإن قاسوا الأب على العم، لعلة أنها بالغ حرة رشيدة.

قيل: المعنى في الأب أنه يعقد عليها صغيرة، وليس كذلك العم.

وقد ذكرنا قياسا على الصغيرة، فرد نكاح الأب إلى نكاحه على الصغيرة أولى من القياس على العم، وبالله التوفيق.

فإن قيل: فقد روى ابن عمر أن رسول الله ﷺ [كان يرد نكاح الرجال من أزواجهن ثيبات وأبكار][4]، إذا أكرهن بعد ما يزوجهن آباؤهن وإخوتهن[5].

قيل: معناه إذا وضعوهن في غير أكفاء، هذا في الأبكار، وفي الثيب لعدم إذنهن.

ويجوز أيضا أن يصرف إلى الصغار (٤١) إذا وضعن في غير أكفاء.

---

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) في الأصل: اختبار.

(٣) في الأصل: عدلوا.

(٤) في الأصل: كان يتزوج من أزواجهن ثيبات وأبكارا إذا...

(٥) ذكره القدوري في التجريد (٤٣٠٣/٩) عن عبد الرحمن بن السلماني عن ابن عمر، وعبد الرحمن بن السلماني ضعيف لا تقوم به حجة كما قال الداقطني انظر الضعفاء والمتروكين لابن الجوزي (٨٨/٢).

فإن قيل: وجود العقل والبلوغ يؤذن بإسقاط الإجبار، دليله الرجل، والحكم معلق بهما، فدل عليه ما قبل البلوغ.

قيل: يحتاجان إلى اختبار، واختبار المرأة بمعرفة الرجال وعشرتهم عندنا، والرجل بغير ذلك.

مسألة (٧):

وليس للرجل أن يزوج ابنة ابنه بغير رضاها[١].

وقال الشافعي: للجد أن يجبرها على النكاح، صغيرة كانت أو كبيرة إذا كانت بكرا، كالأب[٢].

وقال أبو حنيفة في الصغيرة: إن الجد يجبرها على النكاح كالأب، ولا يكون لها الخيار إذا بلغت.

وقال: إذا لم يكن أب ولا جد، وكان هناك أخ، أو عم، أو مولى؛

(١) انظر التمهيد (٧٣/١٤) الإشراف (٢٩١/٣ ـ ٢٩٣) مناهج التحصيل (٢٩١/٣) وبه قال ابن حزم في المحلى (٤٠/٩ ـ ٤١) وقال القاضي عياض: «وعندنا قول شاذ أن لغير الأب من الأولياء جبر البكر اليتيمة قياسا على الأب». الإكمال (٥٦٧/٤ ـ ٥٦٨).

(٢) الأم (٤٨/٦) و(٥٣/٦) تحفة المحتاج (٢٤٩/٣).

تنبيه: في كلام ابن عبد البر ما يوهم أن الشافعي يقول بقول مالك في هذه المسألة حيث قال: «واختلفوا في غير الأب من الأولياء ـ أخا كان أو غيره ـ هل له أن يزوج الصغيرة؟ فقال مالك والشافعي: لا يجوز لأحد من الأولياء غير الأب أن يزوج الصغيرة قبل البلوغ أخا كان أو غيره..». التمهيد (٧٣/١٤) والشافعي يقول بأن للجد أن يجبرها كالأب بخلاف مالك، فتنبه.

فلهم أن يجبروا الصغيرة على النكاح، ولكنها إذا بلغت؛ كان لها الخيار في قول أبي حنيفة ومحمد[1].

وقال أبو يوسف: لا خيار لها[2].

وأما ذوو الأرحام مثل: الأم، والخالة؛ فمذهب أبي حنيفة أن النساء يعقدن، وأن لكل واحدة منهن إجبار الصغيرة على النكاح.

وقال محمد وأبو يوسف: ليس لهن إجبارها على ذلك.

فحصل الخلاف بيننا وبين الشافعي في الجد، ولم يفرق بين [أن تكون صغيرة أو كبيرة][3].

وحصل الخلاف بيننا وبين أبي حنيفة وأصحابه في الجد، والعصبة، وذوي الأرحام، على ما شرحناه.

وبمثل قول مالك قال ابن أبي ليلى[4]، وأحمد[5]، في الأب وحده[6].

والدليل على أن الجد لا يجبر على النكاح هو أن الفروج في الأصل محظورة، فلا تستباح إلا بدليل.

---

(١) وبه قال الأوزاعي وابن شبرمة وقتادة وعطاء وطاووس. انظر التمهيد (٧٤/١٤) والمغني (٢٠٠/٩).

(٢) اعتبارا بالأب والجد كما في الهداية (٢٦٩/٣) وانظر أيضا التجريد (٤٢٨٩/٩ ـ ٤٣٠٠) شرح فتح القدير (٢٦٤/٣ ـ ٢٦٩).

(٣) في الأصل: الصغير والصغيرة.

(٤) وبه قال الثوري وأبو عبيد. انظر التمهيد (٧٣/١٤).

(٥) وعنه رواية كأبي حنيفة. انظر المغني (٢٠٤/٩ ـ ٢٠٥).

(٦) المغني (٢٠٠/٩).

وأيضا فإنه لا يجوز له ذلك مع وجود الأب، فمن زعم أن موت الأب يصير له ذلك؛ فعليه الدليل.

وأيضا قول النبي ﷺ: «البكر تستأمر»(١).

وهذا أمر ظاهره الوجوب، فهو عموم في كل بكر إلا أن يدل دلالة.

وأيضا قوله عليه السلام: «اليتيمة تستأمر»(٢).

وقال في خبر آخر: «إنها يتيمة وإنها لا تنكح إلا بإذنها»(٣). (٤٢)

وهذه يتيمة فاستئمارها واجب بظاهر الأمر، واستئمارها لا يصح وهي صغيرة، لا على جهة الوجوب، ولا الندب؛ لأنه لا يتعلق بإذنها حكم على وجه، واليتم إنما يتناول الصغيرة، فعلم أنه ﷺ أراد أنها إذا بلغت استؤمرت، وإذا ثبت أنها لا تتزوج حتى تبلغ؛ ثبت أن الجد لا يجبرها وهي صغيرة على النكاح.

فإن قيل: أفليس البكر البالغ لا يحتاج أبوها إلى استئذانها وإن كان عليه السلام [قال](٤): «البكر تستأذن».

قيل: هذا عام، دليله [أن غير البكر لا تستأذن](٥).

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٥٦).
(٢) تقدم تخريجه (٥/٣٢٩).
(٣) تقدم تخريجه (٥/٣٢٩).
(٤) ساقط من الأصل.
(٥) ساقط من الأصل.

على أنه [على][1] وجه الاستحباب من الأب في بنته، وبقي الباقي على ظاهره في الوجوب في كل بكر يزوجها غير أبيها.

ونقيسه على الأخ والعم؛ بعلة أنه ليس بأبٍ دنية ولا وصي لأب، هذا على القياس.

وعلى أهل العراق نقيسه على الأجنبي بهذه العلة، فكل من ليس بأب دنية، ولا وصي للأب؛ فإنه لا يجبر على العقد، وإنما [أجبرنا][2] بالوصي؛ لأن الأب إذا عين له زوجها كفؤا؛ فإنه يجبر على العقد كالأب.

فإن قيل: فقد قال ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها»[3]، وأراد الثيب، فدليله أن ولي البكر أحق بالبكر من نفسها، والجد عندنا جميعا ولي، فهو أحق بالبكر من نفسها.

قيل: هذا عام في كل ولي، وكل بكر صغيرة كانت أو كبيرة، وقوله ﷺ «اليتيمة تستأمر»[4] و«إنها يتيمة فلا تزوج إلا بإذنها»[5] أخص من دليل الخطاب [في][6] خبرهم، وهو صريح أيضا، فالصريح الخاص يقضي على الدليل العام، فكأنه ﷺ أراد بدليل الخطاب أن الولي أحق بالبكر من نفسها إذا كان الولي أباها، ولم تكن يتيمة؛ حتى يقع الاستعمال فيهما جميعا.

(١) ساقط من الأصل.
(٢) في الأصل: أجبرونا.
(٣) تقدم تخريجه (٥/٣١٧).
(٤) تقدم تخريجه (٥/٣٢٩).
(٥) تقدم تخريجه (٥/٣٢٩).
(٦) في الأصل: من، وما أثبته أنسب.

على أننا نقول: ليس بولي لها من هذه [حاله حتى تبلغ][١]، وهو كالأخ الصغير مع أخته الكبيرة، وكالكبير المجنون معها، أو العبد.

فإن استدلوا بالظواهر من قوله: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[٢]، وأنه عام (٤٣)
سواء رضين أو كرهن، وبقوله ﷺ «لا نكاح إلا بولي»[٣]، وهذا نكاح بولي.

قيل: ما ذكرناه أخص؛ لأنه خص في اليتيمة من البكر أنها تستأذن، فهو يقضي على عموم ما ذكروه.

فإن قيل: كل من ملك إجبار الصغيرة؛ دليله الأب.

قيل: لا يملك الجد عندنا إجبار الصغيرة إلا بتولية أو وصية.

ثم إنه ينتقض على أصولنا؛ لأن الحاكم والوصي يجبران اليتيم على النكاح، ولا يجبران اليتيمة، والفرق بينهما أن العقد بيد اليتيم إذا بلغ، فإن كره طلق، [و][٤]اليتيمة العقد بيد الزوج، فإذا بلغت وكرهت؛ لم يمكنها الخلاص منه.

فإن قيل: فإن الجد عصبة، إذا ملكها عتقت عليه بحق البنوة، فوجب أن يكون له إجبارها على النكاح؛ أصله الأب.

قالوا: وهذه علة تعم مذهبكم ومذهب ابن أبي ليلى وأحمد.

(١) في الأصل: الحال حتى يبلغ.
(٢) سورة النور، الآية (٣٢).
(٣) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).
(٤) ساقطة من الأصل.

قيل: عن هذا أجوبة:

أحدها: أنه ينتقض بالثيب فإنه يَعتق بالبنوة، ومع هذا لا يجبرها على العقد.

وجواب آخر: هو أنه لا تأثير لهذه العلة، فإن القضية وغيرها سواء، فإن الأم تملك [بنتها][1] فتعتق عليها بحق البنوة، ومع هذا فلا تزوجها.

وجواب آخر: وهو أن الابن عصبة إن كان ابن ابن عمها إذا [ملك][2] أمه عتقت عليه بحق البنوة؛ أعني أنه ابنها، ومع هذا لا يجبرها على النكاح، وليس لأحد أن يقول: إنما عتقت عليه لأنها أمه؛ إلا ولآخر أن يقول: [إنما][3] عتقت عليه بحق البنوة لأنه ابنها، وهو عندي يجري مجرى النقض أيضا.

فإن قيل: فإن الجد أب [من جهة اللغة][4]، [وقد جعله النبي ﷺ أيضا أبا، فهو أب من جهة اللغة والشريعة[5].

قيل: أما من جهة اللغة؛ فليس هو بالاسم؛ لأن الأب يقتضي ابنا في الحقيقة، وابن الابن ليس بابن في الحقيقة، وإن كان قد (٤٤) أقيم في الحكم

---

(١) في الأصل: بينهما.

(٢) في الأصل: ملكت.

(٣) في الأصل: انا.

(٤) ساقط من الأصل، والمثبت يدل عليه ما بعده.

(٥) ويمكن أن يستأنس في هذا بقوله تعالى: ﴿أَمْ كُنتُمْ شُهَدَآءَ إِذْ حَضَرَ يَعْقُوبَ ٱلْمَوْتُ إِذْ قَالَ لِبَنِيهِ مَا تَعْبُدُونَ مِنۢ بَعْدِى ۖ قَالُوا۟ نَعْبُدُ إِلَٰهَكَ وَإِلَٰهَ ءَابَآئِكَ إِبْرَٰهِۦمَ وَإِسْمَٰعِيلَ وَإِسْحَٰقَ..﴾ الآية حيث إن إبراهيم جده لا أبوه، ومع ذلك شمله بلفظ الأبوة.

مقامه على وجه، فكذلك الجد ليس بأب على الحقيقة، وإن كان قد أقيم مقامه على وجه، ألا ترى أنه في الإطلاق إذا قال: رأيت أباك، ولقيت أباك؛ لم يسبق إلى الوهم أنه قصد الجد، ولو حلف بالله أو الطلاق أن يضرب أباه، أو يكلمه؛ لم يبر بفعل ذلك في جده.

وأما في الشريعة؛ فإن النبي ﷺ قد أقامه مقام الأب في شيء مخصوص وهو الميراث، وقد [يقوم][1] مقام الأب في الميراث من ليس بجد، مثله المولى إذا انفرد بالمال، وكذلك الأخ والعم.

وعلى أن الأب يأخذ المال كله مع وجود الإخوة، وليس كذلك الجد عندنا وعند الشافعي[2]، فثبت أن الأب أقوى تعصيبا من الجد، فلهذا اختص بالنظر في مال ولده، وبالنظر في أبضاعهن بغير تولية من قبل أحد إلا من قبل الله تعالى.

فإن قيل: فقد روي عن النبي ﷺ في اليتيمة، وقوله: «إنها يتيمة وإنها لا تنكح إلا بإذنها»[3]، وهو حديث نافع عن ابن عمر أنه قال: «زوجني قدامة بن مظعون بنت خالي عثمان بن مظعون، فدخل المغيرة بن شعبة إلى أمها، فأرغبها في المال، فحطّت إليه، وحطت الجارية إلى هوى أمها، فرغبت فيه، وزهدت فيّ، فجاء قدامة إلى النبي عليه السلام فقال: أنا عمها ووصي أبيها، وزوجتها من عبد الله، وما نقموا منه إلا أنه لا مال له، فقال عليه السلام: إنها يتيمة، وإنها

(١) في الأصل: تقدم، وما أثبته أنسب للسياق.

(٢) انظر عيون المجالس (١٩٢٩/٤ ـ ١٩٣١).

(٣) تقدم تخريجه (٣٢٩/٥).

لا تنكح إلا بإذنها، ففرق بينهما وزوجها من المغيرة»[1].

قالوا: فيجوز أن يكون أجبرها على العقد وهي كبيرة، هذا سؤال العراقيين.

قيل: النبي ﷺ أثبتها يتيمة، واسم اليتم حقيقته الصغيرة[2]، وإنما يقع على الكبيرة مجازا لقوله ﷺ: «لا يتم بعد حلم»[3].

فإن قيل: الدلالة على أنها كانت كبيرة هو أنه عليه ﷺ أثبت لها الإذن في الحال، والإذن لا يكون إلا للكبيرة.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه ﷺ لم يثبت لها الإذن في الحال، وإنما أثبت (٤٥) لها اسم اليتم في الحال فحسب، وبين أن نكاحها لا يصح إلا بإذن في ثاني،

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٢٩).

(٢) واسم اليتم له عرفان: لغوي وشرعي: فهو في اللغة عبارة عن الانفراد عن أبيه، وقد ينطلق على المنفرد عن أمه، والأول أظهر لغة، وعليه وردت الأخبار؛ لأن الذي فقد أباه عدم النصرة، والذي فقد أمه عدم الحضانة، وقد تنصر الأم ولكن الأب أكثر نصرة، وقد يحضن الأب ولكن الأم أرفق حضانة منه. وهو في الشرع: عبارة عن عدم الرشد، وذلك يعتبر بعد البلوغ.. قاله الرجراجي في مناهج التحصيل (٣/٣٠٧ ـ ٣٠٨) وانظر الفتح (١١/٤٨٤).

(٣) أخرجه أبو داود (٢٨٧٣) من حديث علي وإسناده صحيح، وقال الحافظ في التلخيص (٣/١٠١): «أعله العقيلي، وعبدالحق، وابن القطان، والمنذري، وغيرهم، وحسنه النووي تمسكا بسكوت أبي داود عليه».

قلت: وقد نقل ابن الملقن كلامهم بحروفه، وذكر له ثلاثة شواهد من حديث جابر، وأنس، وحنظلة، وكلها ضعيفة. البدر المنير (٦/٣٢٢) وللحديث شاهد آخر من حديث ابن عباس موقوفا عليه بلفظ: «وينقطع اليتم عن الصبي إذا احتلم»، أخرجه أحمد (١/٢٢٤) وإسناده صحيح.

لأن قوله «وإنها لا تنكح إلا بإذنها»[1] إخبار بأن نكاح هذه اليتيمة لا يصح إلا بإذن، وليس فيه إثبات إذن في الحال.

والجواب الثاني: أن إثبات الإذن لها في الحال يؤدي إلى حمل اسم اليتم على المجاز وهي الكبيرة، وإلى إبطال تعليل النبي ﷺ؛ لأنه جعل العلة المانعة من الإجبار اليتم، وإذا كانت كبيرة عندكم؛ فليس اليتم علة في الامتناع من إجبارها؛ لأن اليتم في الصغيرة لا يمنع من الإجبار في الكبيرة؛ لأنها متصرفة في مالها، وفي حال الصغر لم يمنع اليتم عندكم من الإجبار على النكاح، وإنما منع من التصرف في المال، فيجب أن يحمل اليتم على الحقيقة، ويجعل العلة في المنع من إجبارها كما علله النبي ﷺ، ويحمل قوله ﷺ «إلا بإذنها» على المجاز، ومعناه إذا صار لها إذن.

فإن قيل: فإنها لو كانت صغيرة؛ لما زوجها في الحال من المغيرة، وإن ثبت أنه زوجها صغيرة؛ فهو قولنا، ويكون رد نكاح قدامة لمعنى آخر.

قيل: ليس في الخبر أنه زوجها من المغيرة في الحال، فيجوز أن يكون زوجها بعد ذلك، وهو حيث بلغت، ويجوز أن تكون بلغت بين العقد والفسخ، فزوجها عليه السلام في الحال؛ حتى لا يبطل تعليله وقوله: «إنها لا تنكح إلا بإذنها لأنها يتيمة»؛ لأنه كان يكون مناقضة إذا زوجها وهي يتيمة بغير إذنها؛ لأن الصغيرة لا إذن لها.

وهذا الخبر ينتظم الكلام على الشافعي في الجد، وعلى أبي حنيفة في الجد وباقي العصبة، وذوي الأرحام.

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٢٩).

قياس على أبي حنيفة فنقول: كل من لم يكن له التصرف في مالها بحال؛ لم يُجبِرها على العقد، دليله الأجانب.

ونقول أيضا: عقد النكاح هو نوع معاوضة في حق الغير، فوجب أن لا يُملَك الإجبارُ فيه بالأخوة (٤٦) أو العمومة، أصله البيع عليها، والشراء لها، والتصرف في مالها.

وأيضا فإننا وجدنا **ولاية المال أوسع من ولاية التزويج**؛ لأن الوصي يتصرف في مالها وهي صغيرة، ولا يزوجها عندكم، ولا يجبرها عندنا، فإذا لم يتصرف العم والأخ في مالها؛ فلأن لا يجبرها على التزويج أولى.

فإذا قال العراقي: فقد روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنها قالت في قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي ٱلنِّسَآءِ قُلِ ٱللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَىٰ عَلَيْكُمْ فِي ٱلْكِتَٰبِ فِي يَتَٰمَى ٱلنِّسَآءِ ٱلَّٰتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾[١]، قالت: نزلت في يتيمة في حجر وليها في مالها وجمالها، ولم [يقسط][٢] لها في صداقها، فنهوا أن ينكحوهن [إلا أن يقسطوا][٣] لهن في صداقهن»[٤].

وقالوا: هذا نص؛ لأن عائشة أخبرت بأن المنع نكاحهن؛ لأنهم لم يعدلوا في صداقهن، وأنهم إذا عدلوا في الصداق ولم يَقسِطوا[٥]؛ جاز لهم أن يتزوجوهن، والمراد بهذا الصغيرة لأمرين:

(١) سورة النساء، الآية (١٢٦).

(٢) في الأصل: يسقط، والتصحيح من صحيح البخاري.

(٣) في الأصل: ويسقطوا، والتصحيح من صحيح البخاري.

(٤) أخرجه البخاري (٥٠٦٤) ومسلم (٦/٢٣١٣).

(٥) أي يجوروا.

أحدهما: أنها قالت: نزلت في يتيمة، وحقيقة اليتم للصغيرة.

والثاني: أنها قالت في حجر وليها، وإنما تكون في حجر وليها ما دامت صغيرة، وهذا عمدتهم.

قالوا: ووافقنا ابن عباس في الرواية.

فالجواب أن عائشة ـ رضي الله عنها ـ كانت مفسرة للآية، فقولها: إنها نزلت في يتيمة [أي](١) كانت يتيمة، لا أنها يتيمة في الحال؛ بدلالة قوله: ﴿فِي يَتَـٰمَى ٱلنِّسَآءِ ٱلَّـٰتِي لَا تُؤۡتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ﴾، يعني لم يقبضن مهورهن، وهذا يقتضي أن تكون ممن يصح أن يقتضي؛ إذ لا يجوز أن لا يصح منهن القبض ثم يذمهم على الامتناع من إقباضهن، فدل على أن هذا هو في الكبار اللواتي يصح منهن القبض والدفع إليهن، حتى [يكونوا](٢) مذمومين على ترك الدفع إليهن(٣).

فإن قيل: لو كانت كبيرة؛ لم يقع فسخه، لأنها لو رضيت بدون صداقها؛ جاز.

قيل: لا يجوز عند أبي حنيفة؛ (٤٧) لأنها إذا رضيت بدون صداق مثلها كان للولي الفسخ، فإذا ثبت أن في الآية ما يقتضي أنها في الكبيرة؛ تأولنا قول عائشة في أنها كانت يتيمة.

---

(١) في الأصل: إن.

(٢) في الأصل: يكون.

(٣) قال في المغني (٩/٢٠٦): «والآية محمولة على البالغة بدليل قوله: ﴿تُؤۡتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ﴾، وإنما يدفع إلى الكبيرة».

وعلى أنه لو لم يكن هذا في الآية؛ جاز أن نحمله على الكبيرة، بدليل تعليل النبي ﷺ: «إنها يتيمة، وإنها لا تنكح إلا بإذنها»[(١)].

وعلى أن ظاهر الآية أيضا ليس فيه دليل على إجبار الصغيرة، وإنما هو في أن لا يُستحلَّ مالُ اليتامى، ولا يُرغَب في نكاحهن لأجل أموالهن، فهو تنبيه على أن لا [ينكحن][(٢)] حتى [يقبلن][(٣)] ويرضين بالنكاح، وبمن يتزوجهن، ويعرفن مبلغ صدقاتهن.

ولا يمتنع أن تكون يتيمة زوجت كما قالت عائشة رضي الله عنها، فينزل ما يمنع من تزويجهن، ويُفسَخ تزويج تلك بهذه الآية.

فإن قيل: لما كان له أن ينكحها كبيرة؛ كان له إجبارها عليه صغيرة كالأب.

قيل: ليس للعم إجبارها وهي صغيرة، وللأب ذلك في الحالين جميعا، فأما العم [فإنه][(٤)] يُنكحها بإذنها إذا كانت كبيرة بكرا، فلا يجبرها في صغرها.

وعلى أن الأب أيضا يتصرف في مالها بغير تولية، فله أن يجبرها ويتصرف في بضعها، والأخ والعم [كما أنه][(٥)] ليس لهما التصرف في مالها

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٢٩).

(٢) في الأصل: ينكح.

(٣) بياض بالأصل.

(٤) ليست في الأصل، ويقتضيها السياق.

(٥) زيادة يقتضيها السياق.

بغير تولية ؛ فليس لهما أن يجبراها على النكاح ، ولو كان الأخ والعم كالأب ؛ لوجب أن لا يكون لها الخيار إذا بلغت ، فلما جعلتم لها الخيار في الفسخ ؛ بطل رد ذلك إلى الأب الذي لا يكون لها الخيار في فسخ عقده إذا بلغت.

فإن قيل: فإن الأخ والعم والجد لهم تعصيب ، مع كونهم من أهل الميراث ، فوجب أن يكون لهم ولاية في تزويج الصغيرة كالأب.

قيل: الأب له ولاية في مالها بغير تولية ، ولا خيار لها إذا بلغت بعد أن زوجها صغيرة ، وليس كذلك من ذكرتم.

فإن قيل: فإن للعم استيفاء القصاص إذا قُتلت ، فولايته ثابتة فيه كالأب.

(٤٨)

قيل: للأب استيفاء القصاص من أعضائها وهي حية كما ينظر في مالها ، وإذا قُتلت ـ ولم يكن أب ـ ؛ فالعم يستوفي القصاص للتشفي ، ولا يستوفي قصاص أعضائها وهي حية إلا بتولية ، كمالها ، وكذلك لا يزوجها جبرا ، بخلاف الأب. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَة (٨):

الثيب الصغيرة يعقد عليها أبوها جبرا كالبكر ، وسواء أصيبت بنكاح أو غيره[1].

---

(١) وقال المتأخرون: إن في المذهب فيها ثلاثة أقوال: قول: إن الأب يجبرها ما لم تبلغ بعد الطلاق ، وهو قول أشهب. وقول: إنه يجبرها وإن بلغت ، وهو قول سحنون. وقول: إنه=

وبه قال أبو حنيفة(١).

وقال الشافعي ﷺ: لا يعقد عليها حتى تبلغ وتأذن في النكاح(٢).

ووافقه محمد وأبو يوسف إذا كان الوطء بزنا(٣).

والدليل لقولنا استصحاب الحال، وذلك أن للأب أن يعقد عليها قبل ذهاب عُذْرتها(٤)، فمن زعم أن الحال قد تغيرت بذهاب العذرة؛ فعليه الدليل.

فإن عارضوا بها هذا فقالوا: أصل الفروج على الحظر، ولا يحل فرجها إلا بدليل.

= لا يجبرها وإن لم تبلغ، وهو قول أبي تمام. بداية المجتهد (٢٠٩/٤) مناهج التحصيل (٢٩٣/٣) التفريع (٣٦١/١) المعونة (٥٢٥/٢).

(١) التجريد (٤٣١٤/٩ ـ ٤٣٢٠) الهداية مع شرح فتح القدير (٢٦٦/٣ ـ ٢٦٨) وهو وجه عند الحنابلة، والوجه الثاني كمذهب مالك، ويتخرج وجه ثالث وهو أن ابنة تسع سنين يزوجها وليها بإذنها. المغني (٢١٠/٩).

(٢) انظر نهاية المطلب (٤٢/١٢) روضة الطالبين (٥٤/٧) تكملة المجموع (٢٢٣/١٩ ـ ٢٢٤).

(٣) الهداية مع شرح فتح القدير (٢٦٦/٣ ـ ٢٦٨) وسبب اختلافهم فهم استنباط القياس من موضع الإجماع؛ وذلك أنهم لما أجمعوا على أن الأب يجبر البكر غير البالغ، وأنه لا يجبر الثيب البالغ، إلا خلافا شاذا فيهما جميعا كما قلنا، واختلفوا في موجب الإجبار هل هو البكارة أو الصغر؟ فمن قال: الصغر؛ قال: لا تجبر البكر البالغ، ومن قال: البكارة؛ قال: تجبر البكر البالغ، ولا تجبر الثيب الصغيرة. ومن قال: كل واحد منهما يوجب الإجبار إذا انفرد؛ قال: تجبر البكر البالغ والثيب غير البالغ، والتعليل الأول تعليل أبي حنيفة، والثاني تعليل الشافعي، والثالث تعليل مالك، والأصول أكثرها شاهدة لتعليل أبي حنيفة. بداية المجتهد (٢٠٩/٤ ـ ٢١٠) وانظر أيضا الإكمال للقاضي عياض (٥٦٨/٤) وما تقدم في (٣٨٣/٥).

(٤) العذرة هنا البكارة، انظر اللسان (عذر).

قيل: ما ذكرناه قد نقل من هذا، وهو أنها محظورة إلا بعقد الأب [قبل][(١)] ذهاب عذرتها، فنحن على ذلك.

وجواب آخر: وهو أننا ننقل الفرج من الحظر بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[(٢)]، فأمر بإيقاع ذلك عليهن سواء رضين أو كرهن، إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْ﴾[(٣)]، فنهانا عن إنكاحهن حتى يومنوا، فدليله أنهم إذا آمنوا؛ [أنكحناهم][(٤)]، سواء رضيت الزوجة أو كرهت، إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا قوله تعالى: ﴿ٱلرِّجَالُ قَوَّٰمُونَ عَلَى ٱلنِّسَآءِ﴾[(٥)] معناه يقومون عليهن في أمورهن، فهو عموم إلا أن تقوم دلالة، فدليله أن النساء لَسْن قوامات على الرجال، ومن منع من نكاحها إلا بإذنها؛ جعلها قوامة على الرجل.

وأيضا قول النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[(٦)].

وهذا نكاح بولي، فوجب أن يصح وإن لم يستأذن.

وأيضا قوله ﷺ (٤٩): «لا تُزوج المرأةُ المرأةَ، ولا تزوج المرأة نفسها»[(٧)].

---

(١) في الأصل: قيل.

(٢) سورة النور، الآية (٣٢).

(٣) سورة البقرة، الآية (٢١٩).

(٤) في الأصل: أنكحناهن.

(٥) سورة النساء، الآية (٣٤).

(٦) تقدم تخريجه (٣٠٥/٥).

(٧) تقدم تخريجه (٣٠٧/٥).

وهذه لم تزوجها امرأة، ولا زوجت نفسها.

فإن قيل: هذه صبية وليست بامرأة.

قيل: المرأة عبارة عن الأنثى وإن كان يقال: صبية، وشابة، وعجوز، ألا ترى أن زوج الصبية لو قال: «امرأتي طالق»؛ طلقت عليه.

وأيضا فإنها محجور عليها في مالها حجر الصغير، فجاز أن يجبرها على النكاح، دليله لو كانت بكرا.

وأيضا فإن كل شخص كان للأب التصرف في ماله ـ لحجر الصغر ـ كان له أن يتصرف في نفسه بالنكاح، دليله الغلام، أو البكر.

وأيضا فإن المنفعة منفعتان: منفعة استخدام، ومنفعة استمتاع، فلما كان للولي أن يعقد على منفعتها التي هي منفعة الاستخدام مثل أن يؤاجرها؛ كذلك المنفعة الأخرى إذا كانت بولاية العقد.

ويجوز أن يقال: إن ارتفاع العذرة في الصغيرة غير مانع من عقد الأب عليها، أصله إذا كانت العذرة باقية، والأحوالُ سليمة، لوجود عقد الأب على صغيرة من كفء.

وأيضا فإنها في حجر أبيها، لم يزل نظره في مالها، ولا خبرة لها بالرجال، فجاز أن يجبرها على النكاح، دليله لو ذهبت العذرة بالوثبة[1]، والقرعة، والطفرة[2]، وغير ذلك مما عدا الوطء[3].

(١) أي القفزة. المصباح المنير (٣٧٦).

(٢) الطفر الوثوب، وقيل: وثب في ارتفاع، والطفرة الوثبة. النهاية (٥٦٤).

(٣) انظر تكملة المجموع (١٩/٢٢٤).

فإن قيل: فقد روى ابن عباس أن النبي ﷺ قال: «ليس للولي مع الثيب أمر»[(١)].

ولم يفرق بين ثيب صغيرة أو كبيرة.

قيل: هذا محمول على الثيب البالغ لمعرفتها بالرجال وأحوالهم، وليس كذلك هذه؛ لأنها صغيرة لم تعرف الرجال ولا خَبَرَتهم، فهي كالبكر التي لم تعرف وجه المنفعة في ذلك ولا المضرة.

على أننا قد ذكرنا من القياس ما يخص هذا الظاهر.

فإن قيل: فإنها حرة سليمة، ذهبت بكارتها بجماع، فوجب أن لا تجبر على النكاح، أصله الثيب الكبيرة. (٥٠)

قيل: رد الصغيرة إلى الصغيرة البكر أولى من ردها إلى الكبيرة، ورد من لم تخبر الرجال ولم تعرف وجه المنفعة في ذلك والمضرة إلى مثلها؛ أولى[(٢)].

على أن [البكر][(٣)] لو زنت؛ لأجبرها أبوها على النكاح عندنا وهي ثيب[(٤)]، فلم يسلم القياس[(٥)].

فإن قيل: فإن المقصود من النكاح الاستمتاع، والشهوة، واللذة،

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٣١٩).

(٢) وقولكم «سليمة» احتراز من المجنونة، فليس له تأثير؛ لأن الولاية تثبت على الصغيرة والمجنونة على وجه واحد، فإذا جاز تزويج الثيب المجنونة؛ كذلك الصغيرة. التجريد (٩/٤٣١٩).

(٣) في الأصل: الكبر.

(٤) وبه قال أبو حنيفة، وقال الشافعي: كل ثيوبة ترفع الإجبار. انظر بداية المجتهد (٤/٢١٠).

(٥) وقولكم «ذهبت بكارتها بالجماع»؛ لا تأثير له؛ لأن العذرة لو ذهبت بطفرة ثم وطئها وهي ثيب لم يجز تزويجها. التجريد (٩/٤٣١٩).

والمواصلة، فإذا كانت قد اختبرت الرجال؛ فإنها أعرف بحظها من الولي، فوجب أن لا يفتات عليها الولي، ويكون الأمر لها.

قيل: فينبغي أن يزوجها في الحال قبل أن تبلغ، فلما لم يكن لإذنها في الحال حكم؛ علم أنها لم تختبر الرجال، ولم تعرف المنفعة في ذلك [ولا][1] المضرة، وإنما يعرف ذلك ويحصله من اختبره مع كمال عقله.

ولنا أن نستدل في أصل المسألة بقول النبي ﷺ: «الأيم أحق بنفسها من وليها والبكر تستأذن، فقيل: يا رسول الله! فإنها تستحيي فتسكت، فقال: سكوتها رضاها»[2].

فإنما جعل النبي ﷺ سكوتها رضاها؛ لأنها تستحيي فلا تتكلم، فإذا ذهبت عذرتها بالزنا؛ فهي أكثر حياء؛ لأنها تذكر الزنا فتستحيي[3]، فوجب أن يجعل سكوتها رضاها، وإذا ثبت هذا في الصغيرة إذا زنت؛ ثبت فيها إذا كانت بكرا.

ويجوز أن يجعل هذا المعنى فيها بنفسه عليها إذا كانت بكرا؛ بعلة أنها صغيرة تستحيي أن تتكلم بالإذن فيه، ومن زناها مكره تستحيي من ذكر الرجال

(١) زيادة يقتضيها السياق.

(٢) أخرجه مسلم (١٤٢١/٦٦).

(٣) أجيب بأن الحديث نص على أن الحياء يتعلق بالبكر، وقابلها بالثيب، فدل على أن حكمهما مختلف، وهذه ثيب لغة وشرعا، بدليل أنه لو أوصى بعتق كل ثيب في ملكه دخلت إجماعا، وأما بقاء حيائها كالبكر؛ فممنوع؛ لأنها تستحي من ذكر وقوع الفجور منها، وأما ثبوت الحياء من أصل النكاح؛ فليست فيه كالبكر التي لم تجربه قط. أفاده ابن حجر في الفتح (١١/٤٧٨) وانظر أيضا نيل الأوطار (٦/١٢٧).

أكثر، إذا ثبت لنا هذا في الصغيرة؛ فالبكر الكبيرة إذا ذهبت عذرتها بزنا فهي كذلك، والأدلة فيها واحدة، ويقاس عليها إذا ذهبت عذرتها بالوثبة والطفرة، ولأنها لم تخبر الرجال بطول العشرة.

[وهذا الكلام][1] مع الشافعي؛ لأننا وإياه نقول: إن الأب يجبر البكر اليتيمة ويخالفنا إذا زنت.

وأبو حنيفة لا يجبر البكر الكبيرة بحال، وكذلك لا تجبر وإن زنت. (٥١)

مَسْأَلَة (٩):

ولا تزول ولاية الفاسق بفسقه، ويجوز عقده في الصغيرة والكبيرة بكرا كانت أو ثيبا، كالعدل[2].

وبه قال أبو حنيفة[3].

وقال الشافعي: تزول ولايته[4].

(١) ليس في الأصل، وأضفته لأن السياق يقتضيه.

(٢) وقال أشهب: لا يجوز، فإن وقع فهل يفسخ أو لا؟ على قولين في المذهب: أحدهما: أنه يفسخ، وهو قول أبي مصعب، **والآخر**: أن ذلك مكروه مع وجود العدل، فإن عقد جاز، وهو قول القاضي عبد الوهاب. انظر والمعونة (٢/٥٣٨) بداية المجتهد (٤/٢٢٣) مناهج التحصيل (٣/٣٣٠).

(٣) شرح فتح القدير (٣/٢٧٥) وهو رواية عن أحمد، والرواية الأخرى مثل المشهور عن الشافعي. انظر المغني (٢/٥٣٨ ـ ٥٣٩).

(٤) وهو المشهور من مذهبه، وظاهر نصوص الشافعي في القديم والجديد. انظر الأم (٦/٣٨) نهاية المطلب (١٢/٥٠) تكملة المجموع (١٩/٢٠١ ـ ٢٠٢).

واختلف أصحابه، فقال بعضهم: إن كان الولي ممن يجبرها على النكاح لكونها بكرا؛ فإنه لا يكون وليا ولا يزوج[1]، وإن كانت المنكوحة ممن تستأذن؛ جاز أن يزوجها[2].

ومنهم من قال: إن فسقه لا يقدح في ولايته أصلا[3]. وهذا وفاق.

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡ﴾[4].

وهذا عام [فيمن][5] خوطب بالإنكاح، ينتظم الأبرار والفجار إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا فقد فرق [بين][6] نكاح الأيامى والإماء في الخطاب، ولا خلاف أن الولي الفاسق يزوج إماءه، فكذلك أياماه؛ لأن الخطاب انتظم الجميع.

---

(١) وبه قال أبو إسحاق المروزي.

(٢) لأنه يزوج بإذنها فهو كالوكيل. وقيل بعكس هذا؛ لأنه إذا قوي سبب الولاية بعُد زوالها، فالأبوة والجدودة لهما قوة لكمال الشفقة فيهما، فلا يغالبهما الفسق، وإذا ضعف السبب؛ قرب زوال أثره. نهاية المطلب (١٢/٥٠) تكملة المجموع (١٩/٢٠٢).

(٣) وبه قال أكثر المتأخرين، وأفتى به ابن الصلاح، وقواه السبكي، واختاره آخرون إذا عم الفسق، وانتصر لهذا الغزالي. انظر تحفة المحتاج (٣/٢٥٦) ولهما قولان آخران. انظر تكملة المجموع (١٩/٢٠٢)

وقيل: شارب الخمر لا يزوِّج؛ لأن السكر والنشوة تغلبه على رأيه، فلا تعويل على نظره، وإن كان فسقه بغير الشرب؛ فإنه يلي. نهاية المطلب (١٢/٥٠).

(٤) سورة النور، الآية (٣٢).

(٥) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٦) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾[(١)].

فنهانا عن [إنكاحهم][(٢)] حتى يؤمنوا، فدليله أنهم إذا آمنوا أنكحناهم، ولم يفرق في الخطاب بين من يُنكح، فهو عموم.

وأيضا قول النبي ﷺ: «لا تزوج المرأةُ المرأةَ، ولا تزوج المرأة نفسها»[(٣)].

فتزوجها صحيح بحق الظاهر؛ لأن غيرها زوّجها.

وأيضا قول النبي عليه السلام: «لا نكاح إلا بولي»[(٤)].

وهذا نكاح بولي.

فإن قيل: ليس هذا بولي في النكاح عندنا.

قيل: الولي في النكاح إن كان مأخوذا من اللغة؛ فهو الذي يتولى العقد و[يبصره][(٥)].

ومن جهة الشريعة هو أن يكون من العصبة، وهذا من العصبة، وقد تولى العقد، وقد قال تعالى في القصاص ﴿وَمَن قُتِلَ مَظْلُومًا فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾[(٦)]، والفاسق يقتص بالعدل، وقد سماه الله تعالى وليا.

فإن قيل: فقد قال عليه السلام: «إلا بولي مرشد»[(٧)].

---

(١) سورة البقرة، الآية (٢١٩).
(٢) في الأصل: إنكاحهن.
(٣) تقدم تخريجه (٣٠٧/٥).
(٤) تقدم تخريجه (٣٠٥/٥).
(٥) هكذا في الأصل، ولعل الصواب: يبرمه.
(٦) سورة الإسراء، الآية (٣٣).
(٧) قال في المجمع (٣٧٥/٤): «رواه الطبراني في الأوسط، ورجاله رجال الصحيح». =

قيل: إنما معناه أن يُرشد إلى [الكفء][1] ويكون رشيدا (٥٢) في نفسه، والرشيد عندنا هو الذي يحسن التصرف في ماله وإن كان فاسقا، وليس حقيقته أن يكون رشيدا في دينه.

فإن قيل: فإن الرشد من صفات المدح، فنفى النكاح إلا أن يكون الولي ممدوحا، والفاسق ليس بممدوح.

قيل: قوله «مرشدا» يقتضي إيقاع الرشد في الغير، وهو أن يرشده، هذا حقيقته، وليس حقيقته أن يكون رشيدا في نفسه، كقولك: مكرم ومحسن، فإذا أرشد إلى الكفء؛ فهو مرشد، ولم يقل: «رشيد»، وإنما قال: «مرشد»، فهو ممدوح بإرشاده إلى وضعها في كفء.

فإن قيل: هو وإن كان يقتضي إيقاع الفعل في الغير؛ فإنه يقتضي أن يكون ممدوحا، وليس الفاسق بممدوح.

قيل: إنما يقتضي أن يكون ممدوحا فيما أرشد إليه، وهذا قد احتاط وأرشد وفعل ما يفعله العدل، فهو ممدوح على ما فعله، مذموم على غير هذا الفعل.

وأيضا فإن كل من جاز له أن يقبل نكاح نفسه بنفسه؛ جاز له أن يزوج، دليله العدل.

وأيضا فإن الولي إنما يحتاج إليه للاحتياط وطلب الكفاءة، فإذا أصاب ذلك؛ فقد وقع موقعه، وهو يغار على نفسه لبنته كما يغار العدل، بل لعله

= قلت: وضعفه ابن الجوزي وابن عبد الهادي. انظر تنقيح التحقيق (٤/٣٠٠ ـ ٣٠١).

(١) كلمة لم أتبينها، وما أثبته أقرب إلى السياق.

يغار أكثر لما قد رأى من ذلك وعرفه.

وأيضا فإن ولاية القصاص لا تزول بالفسق؛ لأن أباه لو قتل و[هو][(١)] ابنه وهو فاسق؛ كان له الاقتصاص واستيفاؤه، ولا يستوفيه إلا بولاية؛ لقوله تعالى: ﴿فَقَدْ جَعَلْنَا لِوَلِيِّهِۦ سُلْطَٰنًا﴾، فإذا جاز له أن يكون وليا في استيفاء القصاص؛ جاز أن يكون وليا في النكاح مع كونه حرا مسلما.

وأيضا فإن القصاص أضيق من التزويج؛ لأن القصاص قد سقط بالشبهة والخطأ، والنكاح لا يقدح فيه النكاح الخطأ، فإذا كان أضيق الأمرين وأبلغه في الإسقاط (٥٣) [يجوز][(٢)] للفاسق أن يستوفيه ولا يسقط بفسقه؛ فالتزويج الذي هو أوسع أولى أن يستوفيه ولا يسقط.

وأيضا فإن الفسق لو كان يزيل ولاية النكاح؛ لأزالها عن السيد في أمته، فلما جاز له أن يزوج أمته وإن كان فاسقا؛ علم أن الفسق لا يزيل ولاية التزويج.

وأيضا فإن الكافر من أفسق الفساق، لا تزول ولايته عن وليته في النكاح، فثبت أن جنس الفسق بمجرده لا يزيل ولاية النكاح.

وأيضا [فإن عقده][(٣)] على وليته، وعقده على نفسه بمنزلة واحدة في شرائط النكاح، لا يفترقان بوجه، فلو بطل عقده على وليته لفسقه؛ لوجب بطلانه على نفسه؛ **لأن الشيئين إذا اشتركا في المعنى من جميع الوجوه؛ وجب اشتراكهما في الحكم.**

---

(١) ساقط من الأصل.

(٢) في الأصل: يجري.

(٣) في الأصل: فإنه عقد، وما أثبته هو الأنسب مع ما بعده.

وأيضا فإن النكاح مندوب إليه في الشرع، فقد ندب الرجلَ والمرأة إلى التزويج، وندب الولي أيضا إلى [إنكاح][1] وليته، ووجدنا الفاسق والولي يشتركان في المندوبات وفعلها كالصلاة، والصيام، والحج، والعتق، والهدي، والأضاحي، وغير ذلك، فكذلك يشتركان في إنكاح من ينكح من نسائهما.

وأيضا فإن الولية مضطرة إلى من يعقد عليها، وهذا الولي قد فعل سدادا في أمرها، فيجب أن يكون صحيحا كالعدل.

فإن قيل: فإنها ولاية تزويج في حق الغير، فوجب إذا فسق في دينه أن تزول ولايته، أصله الحاكم[2].

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه قد قال أصحابنا: إن الحاكم لو ارتشى على حكومة بعينها؛ لفسق في دينه، ولم تبطل ولايته أصلا، ولكن تلك الحكومة تكون مردودة، وإن حكم بعدها بالحق؛ مشى حكمه، وكذلك يقولون في الإمام نفسه: إن فسقه في شيء لا يزيل ولايته جملة، وكذلك الولي في النكاح إن تعمد تركها (٥٤) في غير كفء؛ بطل ذلك، وإذا وضعها في كفء؛ صح، كالعدل.

والجواب الآخر: هو أن الحاكم [توليته ليست][3] على شيء مخصوص،

---

(١) في الأصل: النكاح.

(٢) ذكر المصنف هذا الاعتراض على لسان الشافعية، وقد ذكر ابن الرفعة أنه قيل: إن الخلاف في ولاية الفاسق إنما هو في غير الإمام الأعظم، وأما الإمام الأعظم فيجوز أن يكون وليا للأيامى من المسلمين، ولكن لا يزوج ابنته إذا قلنا: الفسق سالب للولاية، قاله المتولي، وفي التهذيب: أنه يجوز أن يزوج بناته وبنات غيره. تكملة المجموع (٢٠٣/١٩).

(٣) في الأصل: قال بتوليه ليس.

فإن انحلت ولايته بفسقه؛ فليس يختص بها النكاح دون غيره.

على أننا قد بينا موضع الحاجة في ولايته بالعصبة، وأن الفاسق يلحقه من الغيرة ويطلب من الاحتياط ما يطلبه العدل، فإذا وضع الشيء موضعه؛ فقد أتى بما من أجله جعل وليا.

فإن قيل: فإنه نكاح مسلمة بحق النسب، فوجب أن لا يصح من فاسق، أصله الكافر يكون له بنت مسلمة.

قيل: الكافر منقطع الولاية عن المسلمة؛ لأن الله جل وعز قال: ﴿مَا لَكُم مِّن وَلَـٰيَتِهِم مِّن شَيْءٍ﴾[1]، وقال: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَـٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[2]، ألا ترى أنه تنقطع الولاية في القصاص من بنته المسلمة، فكذلك هو منقطع الولاية من تزويجها.

فإن قيل: فإن الولي إنما طُلب في النكاح ليَطلب الحظ لها، وهي أن لا تضع هي نفسها في غير كفء، فإذا كان لهذا المعنى؛ لم يجز [من][3] الفاسق؛ لأنه لما ضيع حظ نفسه؛ فلأن لا يحفظ حظ غيره أولى.

قيل: قد ذكرنا أن الفاسق يحتاط لبنته ووليته، ويغار عليها كالعدل، فإذا وضعها في كفء؛ وجب أن يُمضى، وإن وضعها في غير كفء؛ فسخناه إن كانت بكرا، كما يعمل في العدل، وإن كانت ثيبا ولم يكن غيره ورضيت

(١) سورة الأنفال، الآية (٧٣).

(٢) سورة التوبة، الآية (٧٢).

(٣) كلمة لم أتبينها، والمثبت من السياق.

ورضي ؛ فإن الحق لم [يخرج][1] عنهما ، فهو كالعدل ، وإن كانت ثيبا وهناك غيره فلم يرض ؛ اعترض عليه كما يعترض على العدل.

فإن قيل: فإن هذه المسألة مبنية لنا على أن النكاح لا يصح إلا بشهود عدول ، ولا يصح بشهود فساق ، فإذا ثبت لنا هذا ؛ قلنا: إنه لا يصح إلا بولي عدل ؛ لأن أحدا لا يفرق ، وكل من قال: لا يصح بولي فاسق ؛ قال: لا يصح بشهود فساق ، (٥٥) وكل من قال: يصح بولي فاسق ؛ قال: يصح بشهود فساق ، وهذا قول أبي حنيفة[2].

قيل: ليس يفتقر صحة النكاح عندنا إلى شهود أصلا ، فليس بأصل لمسألتنا ، والفرق بين الشهادة ـ وإن كانت من مندوبات النكاح ـ وبين الولي ؛ هو أن الشهادة إنما يفتقر إليها لتقام عند التناكر فيثبت النكاح ، أو لإظهاره ، والولاية لما ذكرناه من طلب الكفاءة والاحتياط ، والوليُّ الفاسق في ذلك كالعدل سواء.

فإن قيل: المعنى في العدل أنه يجوز إقرار مال الغير في يده ، فلذلك جاز له أن يزوج.

قيل: هذا منتقض ؛ لأن العدل قد يجوز أن يكون عاجزا عن القيام بالمال ، فلا يقر في يده ، ولا تبطل ولايته من التزويج ، فإن أرادوا أنه [تورع][3] ؛ فالفاسق قد [يورعه][4] صاحب المال فيجوز ذلك.

---

(١) ساقط من الأصل.

(٢) والأول قول الشافعي ، وأما مذهب مالك فلا يفتقر النكاح إلى الشهود أصلا كما قال المصنف.

(٣) هكذا بالأصل.

(٤) هكذا بالأصل.

فإن قيل: فإن العدل يرجى منه المعنى الذي لأجله طلب الولي، وهو طلب الحظ لها ووضعها في كفء.

قيل: مثله يحصل من الفاسق على ما بيناه فيما تقدم.

فإن [قيل][(١)]: قولكم: إن الفاسق يقتص، ولا يستوفي ذلك إلا بولاية بدلالة الأمة.

فإننا نقول: إن الفاسق إنما يستوفي قصاص نفسه، ونحن نقول: إن الفاسق يزوج نفسه، وإنما الكلام في تزويج الغير، فأما الفاسق فلو أراد أن يستوفي قصاص غيره؛ لم يجز كالنكاح سواء.

قيل: القصاص هو حق المقتول عندنا، بدلالة أنه لو عفا عن قاتله قبل موته؛ سقط القصاص، فإنما هو بدل نفسه، وكذلك الدية بدل نفسه، وإنما يرثون المال الذي كان يملكه لو كان له في حياته، والدية يستحقها المقتول بأحد أجزاء حياته، فإذا ملكه؛ ورثوه عنه، وكذلك القصاص هو للمقتول.

على أننا قد قلنا: إن كل من جاز له أن يزوج نفسه؛ جاز له أن (٥٦)
يزوج وليته، كالعدل.

فإن قيل: فإن احتجاجكم بالكافر في بنته ووليته؛ لا يلزم؛ لأننا نقول: إنما جاز له أن يزوجها؛ لأنه ليس بفاسق في دينه، وإنما هو فاسق في ديننا، ولو كان فاسقا في دينه؛ لم يجز له أن يزوج كالفاسق عندنا[(٢)].

(١) ساقط من الأصل.

(٢) انظر تكملة المجموع (٢٠٣/١٩).

قيل: هذا غلط؛ لأن الكافر عندنا فاسق في دينه وديننا؛ لأنه قد ثبت عندنا أنهم يحرفون، وأنهم علموا من كتابهم أن نبينا ﷺ مبعوث، وأن شريعتهم منسوخة، وعقد دينهم أن يقبلوا ما جاء به نبيهم، فإن عدلوا عنه؛ فسقوا، فقد فسقوا بتكذيبهم نبينا ﷺ وبما جاء به، فهم فساق في دينهم وديننا على ما قلناه.

على أننا قد ذكرنا دلائل وقياسات لا يثبت بإزائها شيء.

فإن استدلوا بقوله تعالى: ﴿أَفَمَن كَانَ مُؤْمِنًا كَمَن كَانَ فَاسِقًا لَّا يَسْتَوُونَ﴾[1]، وأنه تعالى نفى [أن][2] يسوى بينهما في كل شيء، وقال ﴿لَا يَسْتَوِي أَصْحَابُ النَّارِ وَأَصْحَابُ الْجَنَّةِ﴾[3].

قيل: هذا وارد في المومنين وفي الكفار، وهم لا يستوون.

على أن هذه الظواهر مخصوصة بما ذكرناه من قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا الْأَيَامَىٰ مِنكُمْ﴾[4]، وقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[5]، وبالقياس على العدل، وبما ذكرناه من الاستدلال والمعاني.

فإن قيل: لما زالت ولايته عن مالها؛ فكذلك عن بضعها أيضا لوجود الفسق فيه.

قيل: إن ولايته لا تزول عندنا عن مالها إذا كان ضابطا له مصلحا،

(١) سورة السجدة، الآية (١٨).
(٢) في الأصل: ألا، وهو يقلب المعنى.
(٣) سورة الحشر، الآية (٢٠).
(٤) سورة النور، الآية (٣٢).
(٥) تقدم تخريجه (٣٠٥/٥).

[وإن][1] كان فاسقا في دينه، ومن هذه صفته يفك الحجر عنه إذا بلغ وضبط ماله، على ما رواه ابن القاسم عن مالك.

وما ذكروا من القياس على الكافر؛ فقد عارضناهم بالقياس على المسلم العدل، ويرجح (٥٧) بأن رد المسلم إلى مثله أولى، وأن المعاني التي تبتغى من الولي العدل هي فيه، من الغيرة، والاحتياط في طلب الكفاءة، وبالله التوفيق.

ويدل على ما قلناه أن الآباء قد كانوا يعقدون بعد النبي ﷺ على أولادهم، ولم ينقل أنهم كانوا يفصلون بين العدل والفاسق، فلو كان الحكم يختلف؛ لنهانا عن ذلك، ولو وقع البيان؛ [لنقل][2].

وكذلك في زمن الصحابة رضي الله عنهم كان الناس يزوجون أولادهم، مع وجود هذا المعنى في كثير منهم، فلو كان هذا مانعا؛ لم يخل عصر الصحابة من [تمييز][3] ذلك، وإنكاره على بعض من يفعله.

وكذلك في عصر التابعين حيث انتهينا، فلما لم يظهر نكير في ذلك؛ دل على ما قلناه.

فإن قيل: فقد روي عن ابن عباس: «لا نكاح إلا بولي عدل»[4]، فقد وجد في الصحابة خلاف قولكم.

قيل: هذا غير ثابت عن ابن عباس، فإن قبلناه؛ حملناه على الأولى والكمال، فيسقط السؤال، وبالله التوفيق.

---

(١) في الأصل: فإن.

(٢) في الأصل: ونقل.

(٣) كذا بالأصل، ولعل الأولى: تبيين.

(٤) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥) بدون قوله: «عدل»، ولم أجده بهذا اللفظ.

مَسْأَلَةٌ (١٠):

النكاح يصح عند مالك وإن لم يحضره شهود[١].

واختلف الناس في هذه المسألة على مذاهب:

فذهب أبو حنيفة إلى أن العقد لا بد فيه من شاهدين[٢]، ولكن يجوز أن يكونا فاسقين، ومحدودين في قذف، ويجوز فيه رجل وامرأتان[٣].

وقال الشافعي: لا يصح إلا بشاهدين عدلين[٤].

وبمثل قوله قال الأوزاعي، وسفيان الثوري، وأحمد بن حنبل[٥]، وهو قول ابن عباس، وسعيد بن المسيب، والحسن البصري، والنخعي[٦].

وقولنا هو قول عبد الله بن عمر، وعروة بن الزبير، وعبد الله بن الزبير، والحسن بن علي[٧].

---

(١) انظر المعونة (٢/٥٤٢) تهذيب المسالك (٢/٣٧٧ ـ ٣٨١) الجامع لأحكام القرآن (٢/٧٢) بداية المجتهد (٤/٢٣٢ ـ ٢٣٤).

(٢) قال ابن رشد: «واتفق أبو حنيفة والشافعي ومالك على أن الشهادة من شرط النكاح، واختلفوا هل هي شرط تمام يؤمر به عند الدخول، أو شرط صحة يؤمر به عند العقد، واتفقوا على أنه لا يجوز نكاح السر». بداية المجتهد (٤/٢٣٢) انظر المعونة (٢/٥٤٢) الجامع لأحكام القرآن (٢/٧٢) بداية المجتهد (٤/٢٣٢ ـ ٢٣٤).

(٣) التجريد (٩/٤٣٥٧ ـ ٤٣٦٦) شرح فتح القدير (٣/١٩٠ ـ ١٩٤).

(٤) الأم (٦/٥٧ ـ ٥٩) نهاية المطلب (١٢/٥٢) الحاوي الكبير (٩/٥٧ ـ ٦٢) ورجحه القرطبي كما في الجامع له (٢/٧٢).

(٥) وعنه رواية أخرى أنه يصح بغير شهود. انظر المغني (٩/١٤٤).

(٦) انظر الأوسط لابن المنذر (٨/٣١٣ ـ ٣١٤).

(٧) الأوسط لابن المنذر (٨/٣١٣ ـ ٣١٤).

ومن الفقهاء (٥٨) عبد الرحمن بن مهدي، ويزيد بن هارون[١].

وهو مذهب داود[٢].

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[٣].

وقال: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكَـٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾[٤].

والنكاح في الشريعة عبارة [عن][٥] التزويج، ولم يقل: بشهود.

وقول النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[٦].

فدليله أنه إذا عقد بولي؛ فهو نكاح شرعي، ولم يُذكر فيه شهود.

فإن قيل: فإننا لا نسميه نكاحا إذا لم يحضره شهود.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه عليه السلام سماه نكاحا بالولي.

---

(١) المغني (٩/١٤٣ ـ ١٤٨).

(٢) المحلى (٩/٤٨ ـ ٥٠) الأوسط لابن المنذر (٨/٣١٣ ـ ٣٢٠) وقال شيخ الإسلام: «ولو لم يكن بحضرة شهود، بل زوجها وليها وشاع ذلك بين الناس؛ صح النكاح في مذهب مالك وأحمد في إحدى الروايتين عنه، وهذا أظهر قولي العلماء، فإن المسلمين ما زالوا يزوجون النساء على عهد النبي ﷺ، ولم يكن النبي ﷺ يأمرهم بالإشهاد، وليس في اشتراط الشهادة في النكاح حديث ثابت، لا في الصحاح، ولا في السنن، ولا في المسانيد». مجموع الفتاوى (٣٢/٣٥)

قلت: وستأتي مناقشة الأدلة الواردة في الباب في خضم هذه المسألة.

(٣) سورة النور، الآية (٣٢).

(٤) سورة البقرة، الآية (١٨٢).

(٥) في الأصل: عند.

(٦) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).

والثاني: أنه إذا عقد وأشهد؛ قيل فيه: قد نكح بشهود، وإذا لم يُشهِد؛ قيل فيه: قد نكح بغير شهود، فعدم الشهود لا يمنع الاسم في الشريعة؛ لأنها عبارة عن العقد، والعقد هو الإيجاب والقبول.

ولنا أيضا ما رواه ابن وهب قال: أخبرني يزيد بن عاصم، عن أبيه، عن جده أن النبي ﷺ قال: «ألا أنكحك أميمة بنت ربيعة بن الحارث، قال: بلى، قال: قد أنكحتكها، ولم يشهد»(١).

ولا نُقل أنه قال: اشهدوا، فدل على أن العقد يصح وإن خلا من شهود(٢).

وقد روى عبد الوارث قال: حدثنا أيوب، عن علي بن نافع، قال: بعثني عروة بن الزبير إلى عبد الله بن عمر لنخطب له ابنة عبد الله، فقال: نعم، فأتاه فزوجه وما شهد غيري»(٣).

وأيضا فقد روي «أن النبي ﷺ لما اشترى صفية شك الناس في ذلك،

---

(١) أخرجه ابن وهب في جامعه ص (١٤٤) لكن فيه: أخبرني يزيد بن عياض عن إسماعيل بن إبراهيم بن عباد بن شيبان عن أبيه عن جده. ويزيد هذا كذبه مالك وغيره كما في التقريب ص (٦٠٤) فما ذكره المصنف هنا فيه ما فيه، والظاهر أنه وقع سقط وتصحيف، وقد ذكره الهيثمي في المجمع (٤/٢٨٨) وعزاه إلى البزار عن علي السلمي، وقال: «لا يعلم روى علي السلمي إلا هذا الحديث، وفيه جماعة لم أعرفهم».

(٢) يجاب عنه بأنه حضر العقد شهود لم يقل لهم: اشهدوا، إذ يبعد أن يخلو مجلس رسول الله ﷺ في حال بروزه من حضور نفسين فصاعدا، وإذا حضر العقد شاهدان بقصد أو اتفاق؛ صح العقد بهما، وإن لم يقل لهما: اشهدا، فلم يكن في الخبر دليل؛ لأن قول الراوي «ولم يشهد» أي لم يقل لمن حضر: اشهدوا. الحاوي الكبير (٩/٥٨).

(٣) أخرجه ابن المنذر في الأوسط (٨/٣١٥) وفيه: «وما شهد غيري وعروة وعبد الله، ولكنهم أظهروه بعد ذلك، وأعلموا به الناس».

هل أعتقها وتزوجها، أو هي مملوكة، فلما أرادت أن تركب؛ أحجبها حجاب الحرائر والزوجات، فأخذت إزارها تحتها»[1].

فموضع الدلالة منه أنهم استدلوا باحتجابها على أنها زوجته، فلو كان هناك شهود؛ ما خفي ذلك.

فإن قيل: قد اختلف أصحاب الشافعي هل النبي ﷺ (٥٩) مخصوص بترك الشهادة في النكاح أم لا، فعلى قول من يقول: إنه لا يفتقر إلى شهادة؛ لا يلزم[2]، وعلى القول الآخر: يجوز أن يكون خفي على هؤلاء وإن كان قد شهده غيرهم[3].

قيل: النبي ﷺ وغيره في النكاح سواء، إلا ما قامت الدلالة على أنه مخصوص به.

وأيضا فإن هذا لم ينقل ويحكى إلا بعد عدم الشهود، إذ لو كان حضره شهود؛ لم يخف، وانكشف حتى لا ينقل مثل هذا.

وقول الراوي «شك الناس»؛ عموم في الصحابة، ولا يجوز أن يذهب تزويجه على الصحابة كلهم حتى يقال فيه «شك الناس»، ولو كان خفي على قوم؛ لقالوا: شككنا، ولم يقولوا: «شك الناس».

---

(١) أخرجه البخاري (٥٠٨٥) ومسلم (٨٧/١٣٦٥).

(٢) وهو الأصح كما قال إمام الحرمين؛ لأن الغرض دفع ما يتوقع من الجحود، وذلك مستحيل منه ﷺ، ولو فرض من جانبها؛ لكان تكذيبا له، ومن كذّب رسول الله ﷺ؛ فقد كفر. نهاية المطلب (١٧/١٢).

(٣) انظر الفتح (٣٧٨/١١).

وقد روى أيضا سهلُ بن سعد الساعدي أن امرأة قامت فقالت: «يا رسول الله! وهبت نفسي منك، فقال النبي ﷺ: «ما لي اليوم في النساء من حاجة، فقام رجل فقال: زوجنيها، فزوجها منه»[1].

ولم ينقل أنه أشهد، ولا أنه حضره شهود، ويجوز أن يكون بحضرته أحد من الصحابة، وهو الذي روى عنه، وهو سهل بن سعد وحده، إذ هو الراوي وحده لهذا الحديث، فلو كان من شرطه الشهود؛ لكان ينبغي أن يذكر أو ينقله من حضره عن سهل بن سعد[2].

فإن قيل: فإن المقصود من الخبر هو جواز العقد بالشيء اليسير، وبما معه من القرآن.

[**قيل**][3]: لو كان من شرطه حضور الشهود؛ لكان مقصودا فيه أيضا، يستفاد كما يستفاد ما ذكرتم، فإن صرفوه إلى ما قالوه بدليل؛ تكلمنا عليه بعد هذا.

ونقول أيضا: إنه [عقد][4] لاستباحة البضع، فلا يفتقر إلى الشهادة، دليله الرجعة وشراء الأمة.

وأيضا فإنه عقد معاوضة، (٦٠) فلا يفتقر إلى الشهادة؛ دليله سائر عقود المعاوضات.

ونقول أيضا: العقود في الشريعة على ضروب؛ منها على معاوضة،

(١) أخرجه البخاري (٥١٤٩) ومسلم (١٤٢٥/٧٦ ـ ٧٧).
(٢) مردود بقول سهل في بداية الحديث: إني لفي القوم عند رسول الله ﷺ إذ قامت امرأة.. الحديث.
(٣) في الأصل: فإن قيل.
(٤) في الأصل: هو.

وغير معاوضة، ومنها ما هو على الرقاب، ومنها ما هو على المنافع، ومنها ما يتعلق به حق الله تعالى، ومنها ما يتعلق بحق الآدمي، **وكل نوع من العقود على تصاريف أحوالها غير مفتقرة إلى الشهود**، فعقد النكاح لا يخرج عن نوع منها، فينبغي أن لا يفتقر إلى الشهود، وهذا قياس الأصول الذي هو أقوى من كل قياس[(١)].

فإن قيل: فقد روى سليمان بن موسى، عن الزهري، عن عروة، عن عائشة أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[(٢)].

(١) قال الماوردي: «عقد النكاح لما خالف سائر العقود في تجاوزه عن المتعاقدين إلى ثالث هو الولد الذي يلزم حفظ نسبه؛ خالفها في وجوب الشهادة عليه حفظا لنسب الولد الغائب لئلا يبطل نسبه فيجاحد الزوجين، وفي هذا انفصال عما ذكروه من الاستدلال في إلحاقه إما بعقود الأعيان، أو بعقود المنافع». الحاوي الكبير (٩/٥٨)
قلت: وسيذكر المصنف هذا ويجيب عنه فيما سيأتي.

(٢) أخرجه البيهقي (٧/٢٠٢) وقال ابن حبان (٤٠٧٥): «لا يصح في ذكر الشاهدين غير هذا الحديث». وقال ابن الملقن: «هو أصحها». البدر المنير (٦/٤٧٤ ـ ٤٧٥).
وله شاهد من حديث ابن عباس تقدم تخريجه، وانظر للزيادة البدر المنير (٦/٥٧٧ ـ ٥٧٩).
وشاهد من حديث ابن عمر أخرجه الدارقطني (٣/٢٢٥) ومن حديث أبي هريرة أخرجه البيهقي (٧/٢٠٣ ـ ٢٠٤) وفيه المغيرة بن موسى قال فيه البخاري منكر الحديث.
وقال ابن عبد البر: «وقد روي عن النبي ﷺ «لا نكاح إلا بولي وشاهدين عدلين» من حديث ابن عباس وحديث أبي هريرة وحديث ابن عمر، إلا أن في نقلة ذلك ضعفا، فلذلك لم أذكره». التمهيد (١٤/٥٤).
وشاهد من حديث عمران بن حصين أخرجه البيهقي أيضا (٧/٢٠٣) وقال: «عبد الله بن محرر متروك الحديث لا يحتج به»، وانظر التقريب (٣٢٠).
وشاهد عن الحسن مرسلا أخرجه البيهقي (٧/٢٠٣) وقال الشافعي: «وهذا وإن كان منقطعا دون النبي ﷺ فإن أكثر أهل العلم يقول به، ويقول: الفرق بين النكاح والسفاح الشهود».
وقال الشوكاني: «وأحاديث الباب يقوي بعضها بعضا». نيل الأوطار (٦/١٢٩). =

وروى سعيد بن جبير عن ابن عباس قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل»[١].

فنفى أن يكون نكاحا شرعيا بغير شاهدي عدل.

وكذلك روى أنس عن النبي ﷺ أنه قال: «لا نكاح إلا بولي وشاهدين»[٢].

قيل: في الخبر إضمار محذوف؛ لأن الاستثناء لا يصح إلا من كلام تام مكتف بنفسه، فلو قال: «لا نكاح» ولم يقل شيئا آخر؛ لم يفد، ولم يكتف بنفسه، ألا ترى أنه لو قال «زيد» وسكت؛ لم تكن فيه فائدة حتى يخبر عنه بقول: قائم، قاعد، خرج، ضرب، أو ما تتم به الفائدة، فكذلك قوله «لا نكاح» حتى يخبر عنه بشيء تتم به الفائدة، ثم يصح الاستثناء، فإذا ثبت أن هناك خبرا محذوفا؛ احتمل أن يكون المراد به الإجزاء أو الكمال[٣]، ولا نكاح يثبت في الحكم، **ولا يدعى في المحذوف العموم؛ لأنه يدعى في صريح اللفظ لا في إضماره**، فإن تأولوه على الإجزاء؛ جاز أن نحمله على

= وقال الألباني: «ثم إن الحديث صحيح بهذه المتابعات والطرق التي أشار إليها الدارقطني». الإرواء (٦/٢٥٩).

تنبيه: وقع في النيل (٦/١٢٩) في حديث عمران المشار إليه: «وفيه عبد الله بن محرز» هكذا براء مهملة ثم زاي، والصواب أن كليهما مهمل كما أشار إليه ابن حجر في التقريب (٣٢٠) والبيهقي وغيرهما، وأظنه خطأ مطبعيا.

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٨٢).

(٢) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).

(٣) قال القاضي عياض: «قال بعض أهل العلم: إن لفظ النهي للذات الواقعة إذا ورد في الشرع فإنه وإن حمل على نفي الكمال، أو تردد بينه وبين الجواز؛ فإن ذلك إنما يكون في العبادات التي لها موقعان: موقع إجزاء، وموقع كمال، وأما النكاح والمعاملات؛ فليس لها إلا موقع واحد، وهو نفي الصحة». الإكمال (٤/٥٦٦).

الكمال؛ فنقول: «لا نكاح كامل إلا بشاهدي عدل»[1].

فإن قيل: فإنكم تقولون بالعموم (٦١) في المعاني، فقولوا بالعموم في هذا المضمر المحذوف، فيكون تقديره: «لا نكاح مجزئ ولا كامل إلا بشاهدين».

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أن العموم في المعاني التي يحتملها صريح اللفظ، فأما في معاني المحذوف؛ ففيه كلام.

على أننا قد ذكرنا القياس فنخصه فنقول: معناه «لا نكاح كامل».

أو نقول: لا نكاح يثبت عند الشارع إلا بشاهدي عدل، وتخصيصُ النكاح بذكر شاهدي عدل؛ ليعلمنا أن شهادة النساء والشاهد واليمين لا تقبل فيه.

فإن قيل: فقد روي أن رسول الله ﷺ قال: «كل نكاح لم يحضره أربع؛ فهو سفاح: خاطب، وولي، وشاهدان»[2].

قيل: إن ثبت هذا الحديث وصح؛ فقد علمنا أن نفس العقد ليس

---

(١) قال الشوكاني: «والنفي في قوله: «لا نكاح» يتوجه إلى الصحة، وذلك يستلزم أن يكون الإشهاد شرطا؛ لأنه قد استلزم عدمُه عدمَ الصحة، وما كان كذلك فهو شرط». نيل الأوطار (٦/١٣٠) وانظر ما تقدم نقله عن شيخ الإسلام في كتاب الصلاة (٤/٣٠٧).

(٢) أخرجه الدارقطني في سننه (٣/٢٢٤ ـ ٢٢٥) من حديث عائشة مرفوعا، وفي إسناده أبو الخصيب نافع بن ميسرة وهو مجهول كما قال الدارقطني. وأخرجه البيهقي من حديث أبي هريرة (٧/٢٠٣) وهو الشاهد المتقدم في الحديث قبل هذا، ورواه البيهقي موقوفا على ابن عباس لكنه منقطع كما قال ابن الملقن؛ لأن قتادة لم يدرك ابن عباس. البدر المنير (٧/٥٨١ ـ ٥٨٢).

بسفاح، وإنما إذا حصرل الوطء فيه صار في بعض أحكام السفاح، فليس المراد منه ظاهره. فإن كان المقصود منه ما ذكرناه من حصول الوطء فيه؛ فإن الحاجة إلى حضور الشهود عند التنازع في العقد لئلا يطأ ثم يقع التناكر في الزوجية من أحدهما، وقد علم الوطء، فحينئذ يجعل حكم الزنا حقيقة عندنا؛ لأن رجلا وامرأة لو وُجدا في بيت، واعترفا بالوطء، وادعيا الزوجية؛ لم يقبل، وحددناهما إلا أن يقيما بينة على التزويج، وكذلك لو تقدما إلى الحاكم فادعيا الزوجية؛ لم يقبل الحاكم قولهما، ولا حكم بالزوجية حتى يثبت عنده بغير قولهما، فإنما يحتاج إلى الشهود لهذا المعنى، فإذا شهدوا بعد العقد؛ جاز، ولم يكن العقد في نفسه مفتقرا إلى حضور الشهود، وكذلك يقول مالك رحمه الله: إن عقدوا بلا شهود؛ صح، ثم يُشهد هذا من لقي، وهذا من لقي.

وعلى أننا قد ذكرنا القياس فنحمله على الاستحباب، وعلى ما ذكرناه بالقياس.

وقد يجوز أن يكون المقصد منه (٦٢) حضور الولي، ألا ترى أن الخاطب اسم لمن يخطب لا للزوج حقيقة، فإن أراد به الزوج؛ فليس حضوره [شرطا](١) فيه؛ لأنه لو وكل الولي في تزويجه ولم يحضر؛ لجاز، و[حضر](٢) العقد ثلاثة، وهو صحيح.

فإن قيل: فقد روي أن رسول الله ﷺ قال: «البغي من زوجت نفسها بلا ولي ولا بينة».

(١) في الأصل: شرط.

(٢) في الأصل: وحصل.

رواه ابن سيرين عن ابن عباس عنه ﷺ[1].

قيل: معنى هذا معنى الخبر الذي قبله، والكلام عليهما واحد؛ لأن نفس عقدها على نفسها هو المقصود، والبينة لما ذكرناه، لأن العقد على هذا الوجه بمجرده وخلوه عن الوطء لا يكون زنا، ولا في معناه حتى يحصل الوطء فيه، فيحصل له بعض أحكام الزنا، فلهذا تراد البينة، وإن خلا العقد منها؛ صح.

على أنه أيضا محمول في البينة على التغليظ بالدلائل التي ذكرناها.

فإن قيل: فإنه عقد نكاح عري عن الشهود، فوجب أن لا يصح، أصله إذا لم يحضر الشهود وتواصوا بالكتمان.

قيل: النكاح صحيح بغير شهود، وإنما [يفسخ][2] لتواصيهم بالكتمان لا لعدم الشهود.

على أن القياس الذي ذكرناه أولى؛ لأنه قياس الأصول.

فإن قيل: فإن سائر العقود لا يخرج من بين المتعاقدين، وفي النكاح يخرج إلى ثالث وهو النسب، فافتقر فيه إلى الولي ليطلب لها حظها، واعتبرت فيه الشهادة ليحفظ النسب؛ لأنه لو لم يكن فيه شهود؛ لكانت تأتي بالولد على فراشه، فيجحده، فيضيع نسبه، وهو حق لغائب، فلما كان حفظ النسب واجبا؛ كان الإشهاد الذي به يحفظ النسب واجبا.

قيل: أما الوطء لطلب الحظ؛ فصحيح، وليس لتعلق النسب، كما أن

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٠٧).

(٢) في الأصل: يفسخ. وسيناقش المصنف هذه المسألة بعد الفراغ من هذه.

ولي الصغير يحتاط له ويحفظ عليه.

وأما حفظ النسب؛ فهو موكول إلى الزوج مؤتمن عليه، ألا ترى (٦٣) أنه يمكن مع حضور الشهود أن ينفي الولد باللعان بعد أن يدعي أنها زنت، وينفي حملها منه، فلم ينفع الشهود في العقد شيئا، فثبت بهذا أن النسب موكول فيه إلى أمانته، فهو إذا عقد النكاح؛ ثبت الفراش في الحكم، ولزمه ما يلحق به من الولد، فإن أرادا الاحتياط؛ أشهدا على العقد عند وقوعه أو بعده، وإن لم يشهد؛ فإن العقد يظهر بالدخول والخروج، أو بإشادته.

وعلى أن هذا يلزم في شراء السراري التي يبتغى منهن الأولاد، فيجب أن يفتقر العقد في ابتياعهن إلى الشهود لما ذكرتم.

فإن قيل: العقد في الشراء لا يصير به فراشا، وإنما هو بإقداره بالوطء، وعند النكاح يثبت له الفراش.

قيل: الفرق بينهما من هذا الوجه لا يقنع فيما قلنا من باب النسب، ألا ترى أنه لو قال بعد أن عقد الشراء وأشهد على العقد في حضوره: ما وطئتها، والحمل ليس مني؛ لكان له أن يلاعن، ولو قال في الأمة: ما وطئتها، والولد ليس مني؛ لا ينفى عنه، وقد يجوز أن يكون كاذبا فيهما جميعا، ومن استجاز واستحل أن ينفي ولد الأمة بقوله: ما وطئتها؛ استحل أن يلاعن وينفي ولد الحرة، فلما لم يفتقر عقد شراء الأمة إلى الإشهاد؛ فكذلك النكاح، والنسب يكون منهما جميعا.

فإن قيل: فإن الوطء في النكاح على [صورة][1] الوطء في الزنا، ولو

(١) في الأصل: مؤنة، والمثبت يدل عليه ما بعده.

قلنا: لا تعتبر فيه الشهادة؛ لأدى إلى أن تصير ذريعة إلى الزنا؛ لأنه يزني فيقال له: زنيت، فيقول: لا، بل وطئت في نكاح، كما يزعمون، ولا يلتفت إلى قوله، فيجب أن تكون الشهادة فيه واجبة لكي لا يكون ذريعة إلى الزنا.

قيل: هذا يفسد من وجوه:

أحدها: أنه ينبغي على هذا الحساب أن يشهد على العقد جماعة كثيرة، ولا يبرح من البلد (٦٤) الذي هو فيه؛ لئلا يطأ في الزنا، فيحتاج أن يقيم الشهادة على وطئه في النكاح، فلما جاز له أن يشهد؛ لم يخرج إلى بلد شاسع ويطأ بحيث لا يكون من شهد على نكاحه حاضرا، وقد يموت الشهود أيضا في بلده، فيطأ في الزنا على صورة الوطء في النكاح، فيكون ذلك ذريعة إلى الزنا، فينبغي أن يشهد في كل يوم، وكل وقت، ولا يبرح من بلده.

وأيضا فإنه فاسد بسيد الأمة؛ فإن الوطء في الملك على صورة الوطء في الزنا، فينبغي أن تعتبر فيه الشهادة لئلا يؤدي إلى الزنا؛ لأنه يزني فيقال له: زنيت؟ فيقول: لا، بل وطئت بالملك، كما يقول: وطئت في النكاح، فلما لم تعتبر الشهادة في الملك؛ لم تعتبر في النكاح، ويكفي في هذا أنه في النكاح يظهر إما [بالإشادة][1]، أو بغيرها من الدخول والخروج، ومثلُه في الملك، والنسب، والزنا، وما أشبه ذلك؛ موكول إلى أمانته في أن لا ينفي نسبا ولا يزني.

فإن قيل: فإنكم اعتبرتم أن لا يتواصوا بالكتمان، ونحن اعتبرنا الشهادة، فما اعتبرناه أولى؛ لأنه يقارن العقد، وما اعتبرتموه فيتقدم ويتأخر، وما من

---

(١) في الأصل: الإشارة.

شرط اشترط إلا وهو يقارن العقد، لا يتقدمه، ولا يتأخر عنه.

قيل: فعلى موضوعكم التواصي بالكتمان أولى؛ لأنه قد يتقدم العقد ويقارنه ويتأخر عنه؛ لأنهم لو تواصوا بكتمانه قبل عقده، وعقدوه على هذا الشرط؛ فسخناه، كما [نفسخه][1] إذا شرطوه بعد عقده في مجلسهم، والشهادة إن كانت قولهم «اشهدوه»؛ فهو كقولهم عند الفراغ من العقد: اكتموا العقد، فإن كان إنما هو حضور الشهود العقد؛ فهو كقولهم للشهود: هو ذا نعقد [فتكتمون][2] علينا، أو يشترطون هذا مع الولي قبل حضور الشهود والعقد، فالتواصي بالكتمان (٦٥) أبلغ من ترك الإشهاد.

على أن التواصي بالكتمان يخرج العقد من موضوعه؛ لأن موضوع العقد في الشريعة إما على إشادته كما قال ﷺ: «أعلنوا هذا النكاح واضربوا عليه بالغربال»[3]، أو بعقده بلا إعلان فإنه يظهر وينتشر، وإذا تواصوا بكتمانه؛ فقد بالغوا وتناهوا في المخالفة، فلو أشهدوا وتواصوا مع الشهود بكتمانه؛ فسخناه، كما يتواصون بكتمانه وإن لم يشهدوا.

---

(١) في الأصل: يفسخه.

(٢) في الأصل: فيكتمون.

(٣) أخرجه بهذا اللفظ ابن ماجه (١٨٩٥) والبيهقي (٤٧٣/٧) من حديث عائشة، وقال البيهقي: «فيه خالد بن إلياس ضعيف».
وأخرج نحوه الترمذي (١٠٨٩) والبيهقي (٤٧٣/٧) وقال: «وفيه عيسى بن ميمون ضعيف».
وقال الترمذي: «حديث غريب، وعيسى بن ميمون ضعيف في الحديث، وليس هو عيسى بن ميمون الذي يروي التفسير عن أبي نجيح ذاك ثقة».
قلت: ولإعلان النكاح شاهد من حديث عبد الله بن زيد أخرجه أحمد (٥/٤) والبيهقي (٤٧٠/٧) وصححه ابن حبان (١٢٨٥) والحاكم (١٨٣/٢) ووافقه الذهبي.

فإن قيل: فإن القياس على الرجعة لا يلزمنا على أحد القولين؛ لأن الإشهاد فيها واجب.

وعلى القول الآخر فإن الفرق بينها وبين النكاح هو؛ أن النكاح افتقر إلى الولي، فكانت الشهادة شرطا فيه، ولما لم تفتقر الرجعة إلى الولي؛ لم تفتقر إلى الشهادة.

وفرق آخر: وهو أن الشهادة إنما افتقر النكاح إليها لإثبات الفراش لحفظ النسب، والفراش ثابت في الرجعة، فلم يفتقر إلى شهادة.

قيل: الصحيح من مذهبكم أن الرجعة لا تفتقر إلى شهادة[1]، فإن اخترتموه؛ وإلا فقد ذكرنا قياس الأصول.

وقد تكلمنا على الحكم في ثبوت الفراش بما فيه كفاية، ويجب على هذا أن كل موضع يثبت به الفراش يفتقر إلى الشهادة، فيلزم على هذا مشتري الأمة ـ إذا وطئها ـ أن يشهد على إقراره بالوطء، فإن الفراش يثبت به.

وعلى أن حكم الفراش في العقد الصحيح ثابت، فإذا طلق فيه طلقة رجعية؛ فقد أوقع ثلمة في العقد، وثلمة في حكم الفراش، فلا تصلح هذه الثلمة إلا بالرجعة، فينبغي أن يشهد على تكامل حكم الفراش بالرجعة.

فإن قيل: فإن قياسكم على سائر العقود؛ لا يصح؛ لأنها مما يدخله الخيار، ألا ترى أنها لا تختص بالإعلان، فلما كان النكاح لا يدخله الخيار ويختص بالإعلان؛ وجب أن يختص بالشهود.

---

(١) انظر تكملة المجموع (٢٠/٦٨٨) والقديم والجديد من أقوال الإمام الشافعي (٤٣٥ ـ ٤٣٨).

قيل: إن من العقد (٦٦) ما لا يدخله الخيار؛ وهو عقد الصرف والسلم عندكم، وليس من شرطها الإشهاد، [وأما][1] اختصاص النكاح بالإعلان؛ فلا يوجب الشهادة؛ لأن الإعلان مسنون، والإشهاد مسنون.

ومن أصحابنا من قال: من تمام عقد النكاح الإشهاد بعده، يُشهد هذا من لقي، وهذا من لقي، إذا لم يشهدوا في حال العقد.

ولست أختار هذا، بل أقول: إنه يتخصص من بين سائر العقود بأن الإعلان والإشهاد مسنون فيه، ومن غير الإشهاد مستحب.

فَصْلٌ

في نكاح السر إذا اشترطوا كتمان النكاح؛ فسخناه[2].

وقال أبو حنيفة والشافعي[3]: «لا يبطل إذا حضره الشهود[4]، وكتمانهم لا يضر»[5].

---

(١) في الأصل: وإنما.

(٢) قال ابن عبد البر: «نكاح السر عند مالك وأصحابه أن يُستكتم الشهيدان، أو يكون عليه من الشهود رجل وامرأتان ونحو ذلك مما يقصد به إلى الستر وترك الإعلان». الاستذكار (٢٤٣/١٤).
وقال ابن العربي في القبس (٢٤١/١٤): «وأشده ما لم يكن فيه شاهد، وهو الذي يرجم فاعله إذا عثر عليه فادعاه ولم يثبته».

(٣) قال ابن عبد الر: «وهو قول يحيى بن يحيى صاحبنا». الاستذكار (٢٤٤/١٤).
قلت: ورجحه أيضا ابن العربي في القبس (٢٤١/١٤).

(٤) والسر عندهما كل نكاح لم يشهد عليه رجلان فصاعدا، ويفسخ على كل حال. الاستذكار (٢٤٤/١٤).

(٥) وسبب اختلافهم هل ما يقع فيه الشهادة ينطلق عليه اسم السر أم لا؟ بداية المجتهد (٢٣٣/٤) وانظر المصادر المتقدمة في المسألة. وانظر أيضا المدونة (٣٠٧/٢) والمعونة (٥٤٢/٢ ــ=

والدليل لقولنا أن النبي ﷺ نهى عن نكاح السر(١).

والنهي يقتضي فساد المنهي عنه.

ثم لم يقنع عليه السلام بذلك حتى قال: «أعلنوا بهذا النكاح واجعلوه في المساجد، واضربوا عليه بالدف»(٢).

وإعلانه ضد كتمانه، فمن استكتم؛ فقد أتى به على خلاف ما أمر به في الشريعة، وقد نهي عن ذلك، ومن نهي عن شيء؛ لم يجز له فعله إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا فقد قال ﷺ: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو مردود»(٣).

وإنما يعني أن حكمه مردود، لأن ما يقتضي من العقد لا يمكن رده، وإنما معناه: من عمل عملا نهيناه عنه أو أمرنا بتركه؛ فإنه خارج عما عليه شريعتنا.

وأيضا فإن ما قلناه هو إجماع الصحابة؛ لأن عمر رضي الله عنه قال على المنبر بحضرة الصحابة: «بلغني أن ربيعة بن أمية تزوج امرأة سرا فحملت منه، وأنا والله لو تقدمت فيه لرجمت»(٤).

= ٥٤٣) الاستذكار (١٤/٢٤١ ـ ٢٤٥).

(١) أخرجه أحمد (٤/٧٧) عن عمرو بن يحيى المزني عن جده أبي حسين، وفي سنده حسين بن عبد الله بن ضميرة متروك، وعمرو لم يدرك جده الأعلى أبا حسن. وانظر مجمع الزوائد (٤/٢٨٨ ـ ٢٨٩).

(٢) تقدم تخريجه (٥/٤٠٣).

(٣) تقدم تخريجه (٢/١٩١)، لكن بلفظ: «فهو رد».

(٤) أخرجه مالك في الموطأ كتاب النكاح باب (١١) رقم (٢٦) والشافعي في الأم (٦/٥٨) والبيهقي (٧/٢٠٩) وفيه انقطاع بين أبي الزبير وعمر. =

وروى ابن لهيعة عن يعقوب بن إبراهيم، عن الضحاك بن عثمان، أن أبا بكر الصديق ﷺ قال: «لا يجوز نكاح السر حتى يعلن به ويشهد عليه»(١).

وليس السر بأكثر من التواصي بكتمانه، والتواصي (٦٧) بكتمانه هو أن يقول: اكتموه، أو يقولوا: ننكح بحيث لا يعلم غيرنا ونكتم ذلك، فسواء كان هناك شهود فعلموا على هذا، فهو بمنزلة ما لم يحضر شهود وتواصوا به، فإنهم أوقعوه على أن لا يظهر، فهو خلاف الشريعة.

وأيضا فإن السفاح الذي هو حرام يوقعونه مكتوما، فوجب أن يكون النكاح بالضد منه، حتى يَبِين الفرق بينهما في الحلال والحرام(٢).

فإن احتجوا بالظواهر من قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾(٣) ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾(٤).

= وقال ابن عبد البر: «قال ابن وضاح: هذا تغليظ من عمر. ثم قال: معلوم أن الرجم إنما يجب على الزاني، والزاني من وطئ فرجا لا شبهة له في وطئه». الاستذكار (٢٤١/١٤)
وفي قوله «ولو تقدمت فيه لرجمت» تأويلان: أحدهما: يعني لو تقدمت فيه فخولفت.
والثاني: يعني لو تقدمت بالواجب وتعديت إلى ما ليس بجائز؛ لرجمت. الحاوي الكبير (٥٩/٩).

(١) ذكره سحنون في المدونة (٣٠٨/٢) بهذا السند، وفيه ابن لهيعة ضعيف.

(٢) نحوه لابن الهمام في شرح فتح القدير (١٩٢/٣) وقال: «التحقيق أنه لا خلاف في اشتراط الإعلان، وإنما الخلاف بعد ذلك في أن الإعلان المشترط هل يحصل بالإشهاد حتى لا يضر بعده توصيته للشهود بالكتمان؛ إذ لا يضر بعد الإعلان التوصية بالكتمان، أو لا يحصل بمجرد الإشهاد حتى يضر، فقلنا: نعم، وقالوا: لا، ولو أعلن بدون الإشهاد؛ لا يصح؛ لتخلف شرط آخر وهو الإشهاد، وعنده يصح، فالحاصل أن شرط الإشهاد يحصل في ضمنه الشرط الآخر، فكل إشهاد إعلان ولا ينعكس».

(٣) سورة المائدة، الآية (١).

(٤) سورة النور، الآية (٣٢).

وبقول النبي: ﷺ «لا نكاح إلا بولي وشاهدي عدل»[١].

و«كل نكاح لم يحضره أربع فهو سفاح»[٢].

وأن هذا نكاح بولي وشهود وقد حضره أربع.

قيل: لا نسميه نكاحا شرعيا مع التواصي بالكتمان، والمذكور إنما هو ما يسمى نكاحا شرعيا، وقد اختلفنا في هذا العقد.

وعلى أن الظواهر مخصوصة، فمعناها: إذا لم يتواصوا بالكتمان، بما ذكرناه من الدلائل؛ لأنها صريحة فيما تنازعنا فيه، فهي أخص من الظواهر.

فإن قيل: فإنه عقد يستباح به البضع، فوجب أن لا يفتقر إلى إعلان، أصله الرجعة وشراء الأمة.

قيل: ليس الإشادة من شرط صحة النكاح عندنا، وإنما الذي نراعيه أن لا يتواصوا بكتمانه، فيكون هذا فرقا بين النكاح وبين الرجعة وشراء الأمة، كما فرقوا هم بينهما في وجوب الشهادة في النكاح، وإسقاط وجوبها في الرجعة وشراء الأمة.

فإن قيل: فإنكم خالفتم الخبر من وجهين:

أحدهما: أنكم أسقطتم ما اعتبره النبي ﷺ وهو الشهادة.

والثاني: أنكم اعتبرتم ما [لم][٣] يعتبره النبي ﷺ، وهو عدم التواصي بالكتمان.

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٩٦).

(٢) تقدم تخريجه (٥/٣٩٨).

(٣) ساقط من الأصل.

قيل: هذا غلط؛ لأننا اعتبرنا ما اعتبره النبي ﷺ في استحباب الشهرة لا في وجوبها، بدليل قياس الأصول التي تكشف عن الحكم ويسقط (٦٨) معها الوجوب، فأدانا ذلك إلى [أن][١] النبي ﷺ اعتبر الشهادة في أنها مسنونة لا واجبة، واعتبرنا أيضا ما اعتبره هو عليه السلام، وأن نكاح السر منهي عنه، فمن أي وجه اعتبرنا ما لم يعتبره عليه السلام، وتركنا ما اعتبره؟! بل أنتم فعلتم ذلك.

فإن قيل: فإن هذا ليس بنكاح سر لا شرعا، ولا لغة، فأما من حيث الشرع؛ فهو أن النبي عليه السلام أمر فيه بأربعة فقال: «كل نكاح لم يحضره أربعة فهو سفاح»[٢]، وهذا قد حضره خمسة.

وأما من حيث اللغة؛ فهو أن السر ما يكون بين نفسين، فأما بين ثلاثة وأربعة وخمسة؛ لا يقال له سرا، ألا ترى أن قول الشاعر:

وسـرك ما كان عند امرئ ... وسـر الثلاثـة غير الخفي

وقال آخر:

فلا تَمْذَل بسـرك كل سـر ... إذا ما جاوز الاثنين فاش[٣]

قيل: أما في الشريعة؛ فإن النبي ﷺ قال: «كل نكاح لا يحضره أربعة فهو سفاح»[٤]، ولم يَرِد فيه إذا تواصوا بالكتمان، فإذا حضره أربعة ولم يتواصوا به؛ فهو الشرعي الذي ذكره عليه السلام، وإذا تواصوا بكتمانه؛ فليس هو

---

(١) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٢) تقدم تخريجه (٥/٣٩٨).

(٣) البيت لقيس بن الخطيم كما في تاج العروس مادة (مذل) واللسان مادة (مذل).

(٤) تقدم تخريجه (٥/٣٩٨).

الذي أطلقه ﷺ، فخرج أن يكون شرعيا.

يقوي هذا ما نهي عنه من نكاح السر، فإذا أضفنا هذا إلى خبركم؛ فكأنه ﷺ قال: «كل نكاح لا يحضره أربعة ويكون سرا؛ فهو سفاح، وإذا حضره أربعة ولم يوقعوه سرا؛ فهو نكاح».

وأما في اللغة؛ فإن السر ما استكتم، أو قصد كتمانه، سواء كان اثنين، أو أكثر، وقول الشاعر: «وسر الثلاثة غير الخفي» معناه: إذا لم يتواصوا بكتمانه، (٦٩) فأما إذا تواصوا؛ فإنه يخفى كما يخفى إذا استكتمه الواحد والاثنان، وربما قصد الإنسان كتمان شيء، فحدث به الواحد والاثنين، ولم يعلمهما أنه يريد كتمانه فإنه يفشوا، فإذا استكتمهما وأعلمهما أنه يريد كتمانه؛ [فإنه لا يفشو][1].

وعلى أنه لا يمتنع أن يقع النهي عن الاستكتام وإن كان ربما ظهر، فالنبي ﷺ منع من استكتامه وإن كان قد ظهر في ثاني، **وقد يغلظ في الشريعة الشيء لأجل غيره، وإن كان ذلك الشيء ربما وقع، وربما لم يقع**، ألا ترى أن وطء الحائض ممنوع في الفرج وقد منع مما قاربه[2]، والمُحرِم مُنِع الطيب وعقد النكاح؛ لأن لا تدعوه نفسه إلى الوطء فيطأ، وربما لم يطأ، ولم يمنع من ذلك، ولا يمتنع أن يكون النهي عن الاستكتام واجبا؛ لأنه ربما انكتم، وقد يجوز أن لا ينكتم.

فإن قيل: فإنه نهى عن نكاح السر يعني عن الزنا[3]، ويكون كناية عنه

---

(١) ساقط من الأصل.

(٢) انظر ما تقدم في كتاب الطهارة (٣/١٠٥).

(٣) تقدم تخريجه (٥/٤٠٦) وتفسير السر بالزنا هو قول جابر بن زيد والحسن البصري وقتادة وغيرهم ورجحه ابن جرير.

كما قال امرؤ القيس:

ألا زعمت بسباسة القوم أنني كبرت وأن لا يشهد السر أمثالي[1]

قيل: المراد من هذا المعنى الجماع[2] كقوله تعالى: ﴿وَلَٰكِن لَّا تُوَاعِدُوهُنَّ سِرًّا﴾[3] قال المفسرون: كثرة الجماع، والنبي ﷺ نهى عن نكاح السر ولم ينه عن السر، ولو ثبت أنه أراد وطء السر؛ لكان محالا؛ لأن الوطء لا يجوز أن يظهر حلاله فضلا عن حرامه.

وعلى أن النهي عن الزنا قد استفدناه بالقرآن، فلا ينبغي أن يحمل قوله ﷺ على التكرار، بل نحمله على فائدة محدودة، وهي ما ذكرناه. وبالله التوفيق.

وعلى أننا قد ذكرنا عن أبي بكر وعمر - رضي الله عنهما - ما يسقط قولهم ويقوي قولنا.

فإن قيل: فإن نهيه ﷺ عن نكاح السر دلالة عليكم؛ لأنهما إذا تعاقدا بغير شهود ـ وعزمهما إظهاره ـ فهو في حال ما عقد (٧٠) السر وإن كان عزمهما إظهاره.

---

(١) ديوان امرؤ القيس (١٢٣)، وهو فيه: بسباسة اليوم،
وقبله: ليالي سلمى إذ تريك منصبا وجيدا كجيدا الرئم ليس بمعطال
وبسباسة يريد بها سلمى نفسها، أو غير ها من صواحبتها.

(٢) أي لا تصفوا أنفسكم لهن بكثرة الجماع ترغيبا لهن في النكاح، فإن ذكر الجماع مع غير الزوج فحش. هذا قول الشافعي. الجامع لأحكام القرآن للقرطبي (٢/١٦٣)
وقيل: لا تنكحوهن سرا في عدتهن، وقيل: لا تأخذوا عليهن عهدا أن لا تنكح غيره. انظر تفسير ابن جرير (٢/١٣٥٠ ـ ١٣٥٥) سنن البيهقي (٧/٢٩٠) واللسان (سرر).

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٣٣).

قيل: السر منه أن يقول: نعقد حيث لا أحد، ويتواصيا بأن لا يظهر، فهذا نكاح السر، وأما إذا تعاقدا ولم يقصدا هذا؛ فإنه يظهر، ألا ترى أنهما إذا قصدا كتمانه؛ اختفيا في الإجماع عمن يراهما، وليس كذلك إذا لم يقصدا كتمانه. والله أعلم(١).

مَسْأَلَة (١١):

لا يقبل شهادة النساء في النكاح، والطلاق، والرجعة، ولا يثبت إلا بشاهدين ذكرين(٢).

وبه قال الشافعي(٣).

وجوز في ذلك أبو حنيفة شهادة رجل وامرأتين(٤).

(١) قال شيخ الإسلام: «الذي لا ريب فيه أن النكاح مع الإعلان يصح، وإن لم يشهد شاهدان، وأما مع الكتمان والإشهاد؛ فهذا مما ينظر فيه، وإذا اجتمع الإشهاد والإعلان؛ فهذا الذي لا نزاع في صحته، وإن خلا عن الإشهاد والإعلان؛ فهو باطل عند العامة، فإن قدر فيه خلاف فهو قليل، ثم يقال: بم يميز هذا عن المتخذات أخذانا، وفي المشترطين للشهادة من أصحاب أبي حنيفة من لا يعلل ذلك بإثبات الفراش، لكن كان المقصود حضور اثنين تعظيما للنكاح، وهذا يعود إلى مقصود الإعلان، وإذا كان الناس ممن يجهل بعضهم حال بعض، ولا يعرف من عنده هل هي امرأته أو خدينه، مثل الأماكن التي يكثر فيها الناس المجاهيل؛ فهذا قد يقال: يجب الإشهاد هنا». مجموع الفتاوى (٣٢/١٣٠ ـ ١٣١).

قلت: وبالتوثيق لدى المحاكم المختصة في ذلك اليوم لا تبدو الحاجة ماسة إلى هذا الإشهاد، والله أعلم.

(٢) الاستذكار (١٤/٢٤٦) أحكام القرآن (٢/٣٣٦ ـ ٣٣٧) لابن العربي.

(٣) الأوسط (٨/٣٢٠) الحاوي الكبير (٩/٥٩ ـ ٦٠) روضة الطالبين (٧/٤٥).

(٤) التجريد (٩/٤٣٧١ ـ ٤٣٧٦) المبسوط (٥/٣٢) شرح فتح القدير (٣/١٩٠ ـ ١٩١).

والدليل لقولنا هو أن الله تعالى رتب الشهادات، فقال في آية الدين ﴿وَٱسۡتَشۡهِدُواْ شَهِيدَيۡنِ مِن رِّجَالِكُمۡۖ فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ فَرَجُلٞ وَٱمۡرَأَتَانِ﴾[1]، فكان هذا حقا في الأصول.

فلما قال: ﴿وَأَشۡهِدُوٓاْ إِذَا تَبَايَعۡتُمۡ﴾ بعد ذلك؛ حملت الشهادات في التبايع على ما ذكرنا في الدين، فكان كل ما تعلق بالأموال مثل ذلك[2].

وقال تعالى في موضع: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾[3]، ولم يذكر شهادة النساء فقيل: إن هذا في الطلاق، وقيل: في الرجعة، فكان هذا في موضع يتعلق به الحكم في الأبدان، فصارت شهادة الرجال دون النساء في كل موضع يثبت به حكم في البدن، وغلظ في شهادة الزنا بزيادة في العدد، وخص الموضع الذي لا يطلع عليه الرجال بقبول شهادة النساء منفردات للضرورة، فلما كانت هذه الشهادات قد رتبت هذا الترتيب؛ وجب أن لا يقبل في النكاح والطلاق والرجعة إلا الرجال؛ لأنه إثبات حكم يتعلق بالأبدان.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَيۡ عَدۡلٖ مِّنكُمۡ﴾[4] فقيل: هو في الطلاق، وقيل: في الرجعة، فلما نص على ذَوي عدل؛ لم يجز تعديهما (٧١) إلى

---

(١) سورة البقرة، الآية (٢٨١).

(٢) قال ابن القيم: «وقد أجمع المسلمون على أنه يقبل في الأموال رجل وامرأتان، وكذلك توابعها من البيع والأجل فيه، والخيار فيه، والرهن، والوصية للمعين، وهبته، والوقف عليه، وضمان المال وإتلافه، ودعوى رق مجهول النسب، وتسمية المهر، وتسمية عوض الخلع، ويقبل في ذلك كله رجل وامرأتان». إعلام الموقعين (١٧٣/١).

(٣) سورة الطلاق، الآية (٢).

(٤) سورة الطلاق، الآية (٢).

غيرهما إلا بدلالة، ودليله أن غير ذوي عدل لا تقبل إلا بدلالة.

ونقول أيضا: إن الله تعالى لما ذكر [شهادة][1] رجل وامرأتين في موضع مخصوص ـ وهو الدين ـ؛ دل على أن ما عداه فيما ليس بدين بخلافه، إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا ما رواه سفيان الثوري، عن عبد الله بن عثمان، عن سعيد بن جبير، عن ابن عباس، أن رسول الله ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي مرشد وشاهدي عدل»[2].

فنفى أن يكون نكاحا لعدم شاهدي عدل، فلا يخلوا أن يكون أراد نفي العقد، أو نفي ثبوته في الحكم، أو أرادهما جميعا، فإن أراد العقد؛ فقد نفاه بعدمهما، وانعقادُه بشاهد وامرأتين [ليس][3] هو شاهدي عدل، وإن أراد نفي ثبوته في الحكم؛ فهو كذلك، وإن أرادهما جميعا؛ فهو كذلك؛ لأن شاهدين إنما هو تثنية شاهد، وشاهد اسم للذكر؛ لأن الأنثى شاهدة.

فإن قيل: فإن الرجل والمرأتين [يطلق][4] عليهم اسم شاهدين؛ لأن التذكير والتأنيث إذا اجتمعا؛ غلب التذكير[5].

(١) في الأصل: الشهادة.

(٢) تقدم تخريجه (٥/٣٨٢).

(٣) في الأصل: وليس.

(٤) ساقط من الأصل.

(٥) قال ابن القيم: «قد استقر في عرف الشارع أن الأحكام المذكورة بصيغة المذكرين إذا أطلقت ولم تقترن بالمؤنث؛ فإنها تتناول الرجال والنساء؛ لأنه يغلب المذكر عند الاجتماع كقوله ﴿فَإِن كَانَ لَهُۥٓ إِخۡوَةٞ فَلِأُمِّهِ ٱلسُّدُسُ﴾ وقوله ﴿وَلَا يَأۡبَ ٱلشُّهَدَآءُ إِذَا مَا دُعُواْ﴾ وأمثال ذلك،=

قيل: عن هذا أجوبة:

أحدها: أنه يحتاج إلى دلالة تدل على أن المرأة داخلة فيه حتى يغلب التذكير، وإلا فالأصل إذا تجرد تناول الذكران حتى يقوم دليل[1].

وجواب آخر: وهو أن هذا يمكن إذا قال: «وأشهدوا عدلا أو ذوَي عدل أو شهودا»؛ لأن الرجل والمرأتين ثلاثة في العدد، فلما قال: ﴿ذَوَىۡ عَدۡلٍ﴾؛ علم أنه أراد شخصين، [فلو][2] أراد الذكر والأنثى؛ لكان يقتضي رجلا وامرأة واحدة حتى يكونا ذوي عدل، ويغلب المذكر على المؤنث.

وجواب آخر: وهو أن قوله ﷺ: «بولي وشاهدي عدل»[3] عبارة عن شخصين، كل واحد منهما على انفراده، بانفرادهما شخصان لا يتناولهما

= وعلى هذا فقوله ﴿وَأَشۡهِدُواْ ذَوَىۡ عَدۡلٍ مِّنكُمۡ﴾ يتناول الصنفين، لكن استقرت الشريعة على أن شهادة المرأة نصف شهادة الرجل، فالمرأتان في الشهادة كالرجل الواحد، بل هذا أولى؛ فإن حضور النساء عند الرجعة أيسر من حضورهن عند كتابة الوثائق بالديون، وكذلك حضورهن عند الوصية وقت الموت، فإذا جوز الشارع استشهاد النساء في وثائق الديون التي يكتبها الرجال مع أنها إنما تكتب غالبا في مجامع الرجال؛ فلأن يسوغ ذلك فيما تشهده النساء كثيرا كالوصية والرجعة أولى». إعلام الموقعين (١/١٧٣ ـ ١٧٤) وانظر أيضا فتح الباري (٧/١١٥).

(١) وأيضا فإن هذا وإن صح في الجمع؛ فإن المذكر والمؤنث بلفظ التثنية يمنع من حمله على الجمع؛ لأن من أهل اللغة من يحمل الجمع على التثنية، وليس فيهم ولا في الفقهاء من يحمل التثنية على الجمع، فإن حمله على شاهد وامرأة خالف مذهبه، وقول الأمة، وإن حمله على شاهد وامرأتين؛ خالف لفظ التثنية إلى الجمع، ولو أن رجلا قال: رأيت رجلين ـ وقد رأى رجلا وامرأتين ـ؛ لم يصدق في خبره، فبطل ما تأولوه. أفاده الماوردي في الحاوي الكبير (٩/٥٩).

(٢) في الأصل: فلما.

(٣) تقدم تخريجه (٥/٣٩٦).

اسم[1] شاهد هو شخص واحد، فإذا ثبت أن شاهدين اسم لشخصين؛ فقد صح ما قلناه أنه (٧٢) للذُّكران، إذ رجل وامرأة واحدة لا يثبت لهما حكم، فقد صح أن الحكم لشخصين ذكرين.

فإن قيل: فإن الرجل والمرأة يقع عليهما اسم الشهيدين في الشرع؛ بدلالة قوله تعالى: ﴿فَرَجُلٌ وَٱمۡرَأَتَانِ﴾، أي فإن لم يكن الرجلان اللذان هما شهيدان؛ فليكونا [رجلا وامرأتين][2]، فالألف التي في «يكونا» هي ضمير الشهيدين.

قيل: إنما كان هذا يسوغ لو قال تعالى: «فإن لم يكونا رجلين فليكن الشاهدان رجلا وامرأتين»؛ حتى يصح ما قلتم، فلما قال تعالى: ﴿فَإِن لَّمۡ يَكُونَا رَجُلَيۡنِ﴾ فأضمر اسم الشهيدين، ونصب رجلين؛ لأنه خبر «كان»، ثم رفع بعد النصب الذي هو الخبر فقال: ﴿فَرَجُلٌ وَٱمۡرَأَتَانِ﴾؛ علم أنه مبتدأ له خبر مطلوب، أو يكون خبرا لشيء مرفوع بمضمر، فيكون تقديره: «فإن لم يكونا رجلين فيقوم مقامهما في الحكم رجل وامرأتان»، إذ رجل وامرأتان يقومان مقامهما في الحكم لا في التسمية، وهذا مخصوص في الشهادة في الدين، ولا يجب إذا قام الرجل والمرأتان مقام شهيدين في الدين أن يتناولهما اسم شهيدين حتى يجوز في كل شيء؛ لأن القصاص لا يثبت إلا بشاهدين، ولا يقوم مقامهما رجل وامرأتان.

ونقول أيضا: إن النكاح ليس المقصود منه المال، **وكل ما لم يكن**

---

(١) هكذا بالأصل.

(٢) في الأصل: رجل وامرأتان.

المقصود منه المال فإذا لم يثبت بشهادة النساء على الانفراد؛ لم يثبت بشهادتهن مع الرجال؛ أصله إثبات الحدود والقصاص.

وقولنا: «كل ما لم يكن المقصود منه المال»؛ احتراز من الديون، والأروش[1]، وجنايات الخطأ؛ لأن المقصود من إثباته المال، فقبل فيه شاهد وامرأتان[2]، وإن لم يحكم فيه بشهادة النساء منفردات.

وقولنا: «وإن لم يحكم فيه بشهادة النساء على الانفراد»؛ احتراز من الولادة؛ لأنها تثبت بشاهد وامرأتين، ولأنها تثبت بالنساء منفردات.

وأيضا فإن كل جنس لا يثبت النكاح بشخصين فيه؛ فإنه لا مدخل لذلك الجنس (٧٣) في ثبوته، أصله العبد؛ لما لم يثبت النكاح بعبدين ورجل؛ فكذلك لا يثبت بامرأتين ورجل.

وأيضا فإن النكاح عقد يستباح به إتلاف عضو، وما يجري مجرى الإتلاف لا يستباح به الوطء، فإن كانت بكرا؛ فهو إتلاف في الحقيقة، وإن كانت ثيبا؛ فالوطء يجري مجرى الإتلاف، وكل معنى يستباح به إتلاف عضو

---

(١) أرش الجراحة ديتها، والجمع أروش، مثل فلْس وفلوس، وأصله الفساد، يقال: أرّشت بين القوم تأريشا إذا أفسدت، ثم استعمل في نقصان الأعيان؛ لأنه فساد فيها. المصباح المنير (١٤ - ١٥).

(٢) وإنما كان ذلك في الأموال دون غيرها؛ لأن الأموال كثر الله أسباب توثيقها لكثرة جهات تحصيلها، وعموم البلوى بها وتكررها، فجعل فيها التوثق تارة بالكتابة، وتارة بالإشهاد، وتارة بالرهن، وتارة بالضمان، وأدخل في جميع ذلك شهادة النساء مع الرجال، ولا يتوهم عاقل أن قوله تعالى ﴿إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيْنٍ﴾ يشتمل على دين المهر مع البضع، وعلى الصلح على دم العمد، فإن تلك الشهادة ليست شهادة على الدين، بل هي شهادة على النكاح، وأجاز العلماء شهادتهن منفردات فيما لا يطلع عليه غيرهن للضرورة. الجامع لأحكام القرآن (٢/٣٣٤).

فإن إثباته يفتقر إلى ذكرين، كالقطع في السرقة[1].

وأيضا فإن النكاح بني أمره على الكمال والتمام، ألا ترى أنكم اعتبرتم في صحته عقد الشهادة [واعتبرناها][2] كماله، فوجب أن يعتبر فيه الذكور؛ لأن الذكر أكمل حالا من الأنثى.

وأيضا فإنه حق يثبت في البدن مما يطلع عليه الرجال في الأغلب، فوجب أن لا يثبت بشهادة النساء، أصله إثبات الحدود والقصاص.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ مِمَّن تَرْضَوْنَ مِنَ ٱلشُّهَدَآءِ أَن تَضِلَّ إِحْدَىٰهُمَا﴾[3].

فأقام الرجل والمرأتين مقام الرجلين، ولا يخلو إما أن يكون أقامهم مقام الرجلين عند عدم الرجلين[4]، أو أقامهم مقامهما في الاسم، فبطل أن يكون أقامهم مقامهما عند عدمهما؛ لأن الرجل والمرأتين يقبلان مع وجود

(١) قال أبو عبيد: «أما اتفاقهم على جواز شهادتهن في الأموال؛ فللآية المذكورة، وأما اتفاقهم على منعها في الحدود والقصاص؛ فلقوله تعالى: ﴿ثُمَّ لَمْ يَأْتُوا۟ بِأَرْبَعَةِ شُهَدَآءَ فَٱجْلِدُوهُمْ﴾، وأما اختلافهم في النكاح ونحوه؛ فمن ألحقها بالأموال؛ فذلك لما فيها من المهور، والنفقات، ونحو ذلك، ومن ألحقها بالحدود؛ فلأنها تكون استحلالا للفروج وتحريمها بها.. وهذا هو المختار، ويؤيد ذلك قوله تعالى: ﴿وَأَشْهِدُوا۟ ذَوَىْ عَدْلٍ﴾، ثم سماها حدودا فقال: ﴿تِلْكَ حُدُودُ ٱللَّهِ﴾ والنساء لا يقبلن في الحدود، وكيف يشهدن فيما ليس لهن فيه تصرف من عقد ولا حل». نقله عنه الحافظ في الفتح (٧/١١٥).

(٢) في الأصل: واعتبرنا.

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٨١).

(٤) وانتصر له ابن القيم في الطرق الحكمية (١٤٨) ولم يرتضه ابن عطية فقال: «وهذا قول ضعيف، ولفظ الآية لا يعطيه، بل الظاهر منه قول الجمهور». المحرر الوجيز (٢/٥٠٧).

الذكرين[١]، فدل على أنه أقامهم مقامهما في التسمية، وهو أن الرجل والمرأتين شهيدان كالرجلين، وإذا كانا شهيدين؛ ثبت النكاح بهم؛ لأن النكاح يثبت بالشهيدين، فيكون تقدير الآية على هذا: «فإن لم يكن الشهيدان رجلين».

والدلالة الثانية منها: هو أنه قد قال: ﴿فَتُذَكِّرَ إِحْدَىٰهُمَا ٱلْأُخْرَىٰ﴾ فقد قرئ «فتُذْكِر» خفيفة[٢]، وقرئ «فتذكِّر» مشددة[٣]، فمن قرأ «فتُذْكِر» مخففة؛ أراد أنها تُذكر الأخرى الشهادة إذا نسيت، ومن قرأ فتذكِّر مشددة؛ معناه: أن تُصيِّر إحداهما الأخرى في حكم الذكر[٤]، فإذا [صيرتها][٥] في حكم الذكر؛ انعقد به النكاح، (٧٤) فثبت حكمه؛ لأنه ذكر انضم إلى من هو في حكم الذكر.

قيل: أما الوجه الأول فقد أجبنا عنه، وقلنا: لا يخلو أن يكون قوله تعالى: ﴿فَرَجُلٌ وَٱمْرَأَتَانِ﴾ بدلا من قوله تعالى: ﴿فَإِن لَّمْ يَكُونَا رَجُلَيْنِ﴾، فينبغي أن تكون القراءة «فرجلا وامرأتين» بالنصب، أو يكون مبتدأ له خبر بعده محذوف، أو يكون هو خبر شيء محذوف يرتفع به، فيكون تقديره: «فإن لم يكونا رجلين فيقوم مقامهما رجل [وامرأتان][٦]»، أو «رجل وامرأتان

(١) انظر أحكام القرآن لا بن العربي (١/٣٣٤) والمحرر الوجيز لابن عطية (٢/٥٠٧).

(٢) وهي قراءة ابن كثير وأبي عمرو.

(٣) وهي قراءة الباقين، انظر المحرر الوجيز (٢/٥٠٧).

(٤) عكس هذا ابن العربي في أحكام القرآن (١/٣٣٧) وكذا القرطبي في الجامع (٢/٣٣٩) وابن عطية (٢/٥١١ ـ ٥١٢) وقال القرطبي في القول الأخير الذي ذكره المصنف: «وفيه بعد، إذ لا يحصل في مقابلة الضلال الذي معناه النسيان إلا الذكر، وهو معنى قراءة الجماعة «فتذكّر» بالتشديد، أي تنبهها إذا غفلت ونسيت. قال: وإليه ترجع قراءة أبي عمرو، أي إن تنس إحداهما فتذكرها الأخرى، يقال: تذكرت الشيء وأذكرته غيري وذكرته بمعنى، قاله في الصحاح».

(٥) في الأصل: صيرته.

(٦) في الأصل: وامرأتين.

يقومان مقامهما في الحكم»، وليس هما شهيدين حقيقة؛ لأن هذا اسم لشخصين، والرجل و[المرأتان][1] ثلاثة أشخاص.

وأما قوله تعالى: ﴿فَتُذَكِّرَ إِحۡدَىٰهُمَا ٱلۡأُخۡرَىٰۚ﴾ أي تجعلها في حكم الذكر؛ فإنه محال[2]؛ لأنه لا يخلو أن يكون كل واحد منهما يجعل الأخرى في حكم الذكر، ويكون ذلك منهما جميعا في حال واحدة، فيجب أن يصيرا في حكم ذكرين، ولو صارا في حكم ذكرين؛ استغنيا عن دخول رجل معهما، فإن كانت إحداهما تصير الأخرى في حكم ذكر في حال الانفراد في إحداهما عن الأخرى؛ فإحداهما إذن في حكم الذكر، ولو كانت إحداهما في حكم ذكر؛ لاستغني بها مع الذكر، ولا يكون للأخرى تأثير في الحكم ولا في ثبوته، وإنما تدخل لتصير الأخرى في حكم ذكر، ولا تكون لها هي تأثير في إثبات الحكم، فثبت أن معنى ﴿فَتُذَكِّرَ﴾ بالتشديد إنما هو لتكرار التذكر لما وقع نسيان في شيء مما يشهدان به، و«تذْكر» بالتخفيف إذا وقع في شهادة واحدة.

وعلى أن هذا لو ثبت؛ لكان مخصوصا في المداينات والأموال؛ لأنه أخفض مرتبة من الأبدان، فيجوز فيها ما هو في حكم الذكر وإن لم يكن ذكرا في الحقيقة، كما جاز فيها الحكم عندكم بالنكول[3]، وبالنكول واليمين، والشاهد واليمين عندنا، ولم يجز شيء من ذلك في النكاح، فكذلك لا تجوز فيه المرأة وإن كانت (٧٥) في حكم الذكر.

(١) في الأصل: المرأتين.

(٢) وهو مروي عن أبي عمرو بن العلاء، وقال ابن عطية: «وهذا تأويل بعيد غير فصيح، ولا يحسن في مقابلة الضلال إلا الذكر». المحرر (٢/٥١١ ـ ٥١٢).

(٣) أي الامتناع عن اليمين. المصباح المنير (٣٦١).

فإن قيل: فقد روي أن النبي ﷺ قال: «لا نكاح إلا بولي وشهود»[1].

وهذا اسم الجمع، والرجل والمرأتان يتناولهم اسم شهود.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أن شهود جمع شاهد، فهو [للذكران][2] حتى يقوم الدليل على أن النساء يدخلن فيه.

والجواب الآخر: هو أنه لو ثبت فيه العموم؛ لكان مخصوصا ببعض ما ذكرناه، فيكون معناه: «بولي وشهود ذكور».

فإن قيل: فإن النكاح معنى لا يسقط بالشبهة، فجاز أن يثبت بشاهد وامرأتين، كالديون، والأروش، وجنايات الخطأ.

وقولهم: «لا يسقط بالشبهة»؛ احتراز من القصاص والحدود؛ لأنها تسقط بالشبهة، ولا تثبت بشهادة رجل وامرأتين.

ولأنه عقد يقتضي عوضا ومعوضا، فجاز أن يثبت بشاهد وامرأتين كالبيع.

ولأنه عقد على منفعة، فجاز أن يثبت بشاهد وامرأتين كالإجارة.

قيل: أما القياس على الأموال والأروش؛ فإن المعنى فيها أنه ليس المقصود منها الإتلاف أو ما يجري مجراه، فهو كالقطع والحدود التي هي

---

(١) ذكره الزيلعي في نصب الراية (١٦٧/٣) بلفظ: «لا نكاح إلا بشهود» وقال: «غريب بهذا اللفظ». ووافقه ابن حجر في الدراية (٥٥/٢).

(٢) في الأصل: المذكوران.

استباحة إيقاع فعل يتعلق بالبدن، ولأن الأموال تتسع وتكثر، فتقع على قصد وغير قصد، ألا ترى أن الإنسان يخذف[1] خطأ فيرمي شيئا فيصيب غيره، فلما كثر [ووقع][2] عن قصد وغير قصد؛ جاز فيه شهادة النساء؛ لأنه لو اعتبر فيه الذكران على الانفراد؛ شق وضاق، والنكاح لا يقع إلا عن قصد، فلا يشق اعتبار الذكران فيه.

وأما القياس على البيع والإجارة؛ فإن المقصود من ذلك المال، فلهذا جاز فيه النساء على الانفراد، فلم يقبلن مع الرجال.

وعلى أنهم ردوا النكاح إلى البيع والإجارة والأموال، ورددناه نحن إلى إثبات القصاص والحدود، فكان قياسنا أولى من وجوه: (٧٦)

أحدها: قياس الجنس؛ لأنه يستباح به إيقاع فعل في البدن كالحدود، ولأنه محتاط.

ولأنه حاظر وقياسهم مبيح، **والحاظر أولى من المبيح.**

فإن قيل: فقد روي عن عمر جواز النكاح بشهادة رجل وامرأتين[3]، ولا مخالف له في الصحابة، فصار كالإجماع.

قيل: لا نعرفه، فإن صح؛ فجواز النكاح عندنا لا يفتقر إلى الشهادة، فحضورهم العقد أفضل لعل التنازع يقع في المهر أو مبلغه، فيقبلن مع الرجل

---

(١) خذفت الحصاة ونحوها خذفا من باب ضرب: رميتها بطرفي الإبهام والسبابة. المصباح المنير (١٠٠).

(٢) في الأصل: وقع.

(٣) ذكره السرخسي في المبسوط (٥/٣٣) ولم أجده مسندا.

فيه، وتنازعنا هو في ثبوت النكاح، وليس مذكورا في الخبر، وإنما فيه جواز النكاح، فهو يجوز بهن ومع عدمهن، وقد خرّجنا بحضورهن مع الرجل فائدة.

فإن قيل: كل من جازت شهادته في الدين جازت في النكاح، أصله الرجل، فكذلك النساء.

قيل: الشهادة عندك شرط في صحة النكاح، ومسنونة عندنا، وليست كذلك في الدين، فينبغي أن يتخصص النكاح بالرجال في الشهادة لتأكيد أمره.

مَسْأَلَة (١٢):

وللسيد أن يُجبِر عبده على النكاح إن أباه[١].

وللشافعي - رحمه الله - قول إنه لا يجبره[٢].

وأبو حنيفة يوافقنا فيه[٣].

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾[٤].

(١) انظر المدونة (٢/٢٨٥) مناهج التحصيل (٣/٢٩٠ ـ ٢٩١) حاشية الخرشي (٤/١٤١).

(٢) وهو قوله الجديد، وقوله القديم له إجباره. انظر الأم (٦/١١٥) نهاية المطلب (١٢/٦٢) الأوسط لابن المنذر (٨/٥٩٢ ـ ٥٩٣) روضة الطالبين (٧/١٠٢) والأول أظهر كما قال ابن حجر الهيتمي في تحفة المحتاج (٣/٢٧٩) ومذهب أحمد مثل مذهب الشافعي في الجديد. انظر المغني (٩/٢٢٩) وبه قال ابن حزم في المحلى (٩/٥٥ ـ ٥٧).

(٣) وقال أصحابنا في غير الأصول: «إنه لا يملك ذلك». التجريد (٩/٤٥٠٥ ـ ٤٥٠٩) وانظر أيضا المبسوط (٥/١١٣) رد المحتار (٣/٢٤٧ ـ ٢٤٨).

(٤) سورة النور، الآية (٣٢).

فأمر بإيقاع النكاح عليهم وهو بأن يُنكَحوا، والأمر ظاهره الوجوب لنا، فقامت الدلالة على أنه لا يجب علينا نحن أن نزوج عبيدنا[1]، فحُمل على الندب، ولم يمكن أن نفعل الندب إلا بإجبارهم على النكاح[2]، وكذلك لو قامت الدلالة فصرفنا الأمر عن الوجوب والندب بقي الجواز، فيجوز لنا أن نُنكح عبيدنا وإن أبوا ذلك[3].

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾[4]، فدليله أنا نُنكح المؤمنين أحرارا كانوا أو عبيدا، رضوا أو كرهوا إلا أن تقوم دلالة؛ لأن إيقاع النكاح أضيف إلينا في أن (٧٧) نفعله بهم.

وأيضا فإنه رقيق يملك بيعه، فوجب أن يكون له إجباره على النكاح، أصله الأمة.

أو نقول: مولى حجره، يملك رقبته ملكا تاما، فإذا لم يرد به ضررا؛ جاز أن يجبره عليه كالأمة.

ولأن السيد أيضا يُمنع أن يجبره ويكلفه ما لا يطيقه، وما فيه ضرر عليه، ولا ضرر عليه في النكاح، فكان [له][5] أن يجبره.

---

(١) سيأتي البحث فيه في المسألة الآتية.

(٢) لكن الأمر بإنكاحه مختص بحال طلبه، بدليل عطفه على الأيامى، وإنما يزوجن عند الطلب، ومقتضى الأمر الوجوب، وإنما يجب تزويجه عند طلبه. المغني (٩/ ٢٣٠).

(٣) قال ابن حزم: «أما قوله تعالى في إنكاح العبيد والإماء؛ فإنه عطف ﷺ على أمره بالنكاح الأيامى منا، ولم يشترط فيهن رضاهن، فيلزمهم أن يجيزوا بذلك إنكاح الحرة الثيب وإن كرهت إن طردوا أصلهم الفاسد». المحلى (٩/ ٥٧).

(٤) سورة البقرة، الآية (٢١٩).

(٥) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

فإن قيل: يلزمه المهر والنفقة، وعليه فيهما ضرر.

قيل: لا يخلو أن يبيحه السيد دفع المهر من ماله في يديه، أو من مكسبه، أو من فوائد تطرأ له، وجميع ذلك للسيد أن ينتزعه منه بغير التراد من العبد، فإخراجه على وجه الله، والذي يحصل له[1]؛ لا ضرر عليه فيه، بل أخذ سيده ذلك منه أضر عليه، وإن لم يبحه السيد المهر والنفقة؛ فإننا لا نوجب عليه المهر والنفقة، بل يكون ذلك من فوائد تطرأ له من غير المال الذي في يده، ومن غير مكسبه.

وقد قلنا: إن الفوائد أيضا للسيد أن ينتزعها منه، فصرفها إلى زوجته أسهل من أخذ مولاه ذلك منه.

وعلى أن الشافعي يقول: إن العبد لا يملك، وإن ماله لسيده، فينبغي إذا زوجه السيد أن يكون الضرر لاحقا بالسيد؛ لأن العبد ينفق على زوجته من مال هو لسيده، فأي ضرر عليه في هذا.

ونقول أيضا: لما كان له أن يزوج عبده الصغير[2] لأنه محجور عليه يملك رقبته؛ فكذلك عبده الكبير إذا لم يرد به ضررا، ولما كانت الحرة البكر البالغة يعقد عليها أبوها جبرا؛ لأنها في حجره، وهو أعرف بمصالحها، وكان حجر العبد آكد، فلما جاز للأب ذلك في ابنته البكر مع عدم الضرر؛ كان السيد في عبده أولى.

---

(١) هكذا بالأصل.

(٢) في قول أكثر أهل العلم، إلا أن بعض الشافعية قال: فيه قولان. المغني (١١/٢٣٠) وانظر نهاية المطلب (١٢/٦٢ ـ ٦٣).

فإن قيل: فقال الله تعالى: ﴿لَآ إِكۡرَاهَ فِي ٱلدِّينِ﴾[1]، والتزويج من الدين، وقد نفى الإكراه فيه.

قيل: هذا ورد في الكفار إذا بذلوا الجزية[2]، يبين ذلك ما قاله في الآية
﴿قَد تَّبَيَّنَ ٱلرُّشۡدُ مِنَ ٱلۡغَيِّۚ فَمَن يَكۡفُرۡ بِٱلطَّٰغُوتِ وَيُؤۡمِنۢ بِٱللَّهِ﴾[3]. (٧٨)

على أنه لو كان عموما؛ لكان مخصوصا بما ذكرناه، كما خص منها الأمة، والعبد الصغير، والبكر البالغة مع أبيها.

فإن قيل: فقد قال ﷺ: «رفع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه»[4].

قيل: المراد به رفع الإثم فيما لو تعمدوه من غير إكراه أثموا، بالدلائل التي ذكرناها في الأمة، والبكر البالغ مع أبيها.

فإن قيل: فإنه أمر المقصود منه الاستمتاع، فوجب أن لا يجبره عليه، أصله القسم، وهو إذا كان للعبد امرأتان ليس للسيد أن يجبره على أن يقسم بينهما.

قيل: أما القسم؛ فهو حق الزوجات بعد عقد النكاح، كالنفقات وغيرها، فإن طولب الزوج به؛ نظر فيه الحاكم، لا مدخل للسيد فيه.

فإن قيل: فإنه لما لم يكن للسيد أن يجبره على الوطء؛ لم يكن له

---

(١) سورة البقرة، الآية (٢٥٥).

(٢) ناقش المصنف ذلك في كتاب الجزية فيما تقدم (٥/٢٦١).

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٥٥).

(٤) تقدم تخريجه (٢/٢٥٣).

إجباره على النكاح؛ لأن المقصود من النكاح الوطء.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أننا قد ذكرنا أن ما بعد العقد وما هو من حقوق العقد؛ فهو ينقسم، فالوطء منه حق للمرأة، ألا ترى المُولِي[1] يُضرَب له الأجل، ولها أن تطالبه به، فهو كنفقتها ومهرها إن امتنع منه حر لزمه؛ نظر فيه الحاكم، ألا ترى أنه يجبر عبده الصغير وإن لم يحصل منه وطء أصلا، وكذلك يجبر بنته البكر على النكاح ولا يجبرها على الوطء، والمقصود من النكاح الوطء.

فإن قيل: فإن للسيد أن يجبر عبده على ما له فيه غرض، فأما ما ليس له فيه غرض ونفع، ولا للعبد [فيه][2] نفع؛ فإجباره عليه سفه.

قيل: للسيد أغراض في ذلك:

منها: أن نفعه [يعود عليه][3].

ومنها: أن يأمنه على حرمه وبناته.

ومنها: أن لا تدعوه نفسه إلى الزنا فيحد، فيلحق السيد في ذلك التقصير في ماله، وليس يفعل السيد (٧٩) ذلك إلا لأغراض له ونفع.

وقد يحدث أيضا للعبد أولاد فيعتق السيد عبده يوما ما، ويعتق الأولاد

---

(١) وهو الحالف أن لا يأتي زوجته، وهو الوارد في قوله تعالى: ﴿لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ..﴾. الآية.

(٢) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٣) ساقطة من الأصل.

إن كانوا مماليك، فيجر العبد ولاءهم إلى سيده، وكذلك يجر ولاء ولده الأحرار أيضا، ولو لم يكن للسيد غرض في ذلك؛ جاز أن يكون للعبد، وهو أن يكون له زوجة يسكن إليها، ولعلها أن تخفف عنه بمفارقة منها له[1] على ما جرت به العادة، فإنه مشغول بخدمة سيده، متعوب فيها، وليس يفعل السيد العاقل ذلك بعبده إلا لغرض صحيح.

مَسْأَلة (١٣):

ولا يُجبَر السيدُ على إنكاح عبده[2] إذا طلب العبد ذلك[3].

وللشافعي قول إنه يجبَر[4].

وقول أبي حنيفة مثل قولنا[5].

والدليل لقولنا أن الجبر إنما يكون على فعل واحب، والوجوب يحتاج إلى دليل، ولم تقم دلالة على وجوب ذلك على السيد.

---

(١) هكذا بالأصل: ولعل الصواب: بمعاونة منها له.

(٢) إذا قلنا: العبد يجبر سيده؛ فمعناه أنه يطلب منه التزويج، فإن أجابه؛ فذاك، وإن أبى؛ فعلى وجهين: أحدهما: أن العبد يتزوج بنفسه، والثاني: لا يتزوج، لكن يأثم السيد بالامتناع. نهاية المطلب (٦٣/١٢).

(٣) انظر الإشراف (٢٩٩/٣) مواهب الجليل (٤٩٨/٣ ـ ٤٩٩) حاشية الخرشي (١٤١/٤ ـ ١٤٢).

(٤) والأظهر في مذهبه أنه لا يجبر كما في التحفة (٢٧٩/٣) وكلامه في الأم مشير إلى الاستحباب (١١٣/٦) وانظر أيضا روضة الطالبين (١٠٢/٧) والقول بالإجبار قال به أيضا بعض المالكية كما في مواهب الجليل (٤٩٨/٣).

(٥) التجريد (٤٥١٢/٩).

وأيضا فإنه شخص يملك رقبته، فوجب أن لا يلزمه تزويجه، دليله الأمة.

فإن قيل: إنما لم يجب عليه تزويج أمته إذا دعت إليه؛ لأنه يستبيح بضعها، ويملك الاستمتاع بها، ويفوته ذلك إذا زوجها، ولا يملك ذلك [في](1) العبد.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه قد يملك من لا يجوز له وطؤها، ومع ذلك لا يجب عليه تزويجها إذا طلبته.

والجواب الآخر: هو أنه لا فرق بينهما؛ لأنه كما يملك من أمته منفعة الاستمتاع؛ فهو يملك من عبده منفعة الاستخدام، وهو بالتزويج يفوته منفعة الاستخدام؛ لأن منفعته ينصرف أكثرها في تشاغله بزوجته.

فإن قيل: فأنتم لا توجبون النفقة من مكاسبه، ومكاسبه لسيده إلا أن يأذن له في النفقة منها.

قيل: هو كذلك، ولكنه لا بد أن يتشاغل بأمور زوجته، فيقصر فيما يجب عليه ويتوانى، ويشتغل (٨٠) قلبه بها، وربما أضعفه الوطء عن كثرة العمل.

وأيضا فإن النكاح معنى تراد منه اللذة والاستمتاع، فوجب أن لا يجب على السيد ذلك، كسائر أنواع الملاذ من اللباس الفاخر، وما فيه كثرة اللذة من الأطعمة والطيب.

---

(١) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

فإن قيل: فقد أوجب الله علينا إنكاحهم بقوله ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾(١).

وهذا أمر ظاهره الوجوب.

قيل: هو محمول على الندب والاستحباب(٢)، أو يكون معناه: إن اخترتم، لما ذكرناه من الدلائل.

فإن قيل: فإنه مكلف محجور عليه، دعا إلى النكاح وهو محتاج إليه، فوجب أن يجب على الولي تزويجه، أصله المحجور عليه بفسقه إذا دعا إلى النكاح؛ وجب على وليه أن يزوجه إذا كان ذلك نظرا، ولأن السيد يلزمه القيام بكفاية عبده، ألا ترى أنه يلزمه أن ينفق عليه ويكسوه، وكذلك أيضا يلزمه أن يزوجه، ألا ترى أن الابن [لما](٣) لزمه أن ينفق على أبيه ويكسوه؛ لزمه أن يعفه(٤).

قيل: أما السفيه؛ فإنما لزمه أن يزوجه لأجل الحجر عليه بحق نفسه،

---

(١) سورة النور، الآية (٣٢).

(٢) قال الشنقيطي في أضواء البيان (٤/١١٠ ـ ١١١): «وقوله تعالى في هذه الآية الكريمة ﴿وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ وَإِمَآئِكُمْ﴾ يدل على لزوم تزويج الأيامى من المملوكين الصالحين، والإماء المملوكات، وظاهر هذا الأمر الوجوب لما تقرر في الأصول، وقد بيناه مرارا من أن صيغة الأمر المجرد عن القرائن تقتضي الوجوب، وبذلك تعلم أن الخالية من زوج إذا خطبها كفؤ ورضيته؛ وجب على وليها تزويجها إياه، وأن ما يقوله بعض أهل العلم من المالكية ومن وافقهم من أن السيد له منع عبده وأمته من التزويج مطلقا؛ غير صواب، لمخالفته لنص القرآن في هذه الآية الكريمة».

(٣) ليست في الأصل، ولا بد منها حتى يتم المعنى.

(٤) انظر تكملة لمجموع (١٩/٢٩٣ ـ ٢٩٤).

وحظه في التزويج إذا كان محتاجا إليه، لأنه ربما يزني فيقام عليه الحد، فيكون فيه إتلافه، فإتلاف ماله وله فيه حظ؛ أولى، وليس كذلك العبد؛ [لأنه محجور][1] عليه لحق سيده وحظه، ولا حظ للسيد في تزويجه، فلم يجب عليه.

وأما النفقة على العبد؛ فإنما لزم السيد أن يقوم بنفقته وكسوته؛ لأن هذا كفايته وما تقوم به نفسه، وليس النكاح كذلك؛ لأنه زيادة؛ لأنه من الملاذ الزائدة على ما تقوم به النفس؛ لأنها [تقوم][2] بدونه، فهو يجري مجرى اللباس الفاخر، والطيب الرائح، والمآكل الطيبة، وليس من حيث لزمه أن يقوم بما تقوم به نفسه؛ [ما يوجب][3] عليه القيام بما هو (٨١) زائد عليه من سائر الملاذ، كالابن ينفق على أبويه ما يكفيهما، ولا يلزمه الزيادة عليه كسائر الملاذ.

فإن قيل: فأنتم توجبون عليه أن يُعِف أباه، وهذا زائد على مقدار كفايته على ما زعمتم، فيكون العبد مثله.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه لا يجب عليه أن يبتدئ تزويج أبيه، فسقط هذا.

وقد قيل: إن عليه أن يعفه، والفرق بينهما هو أن أباه حر لا يستحق عليه خدمة، ولا شيئا إذا زوجه قطع به فيه ولايته من الحق عليه ما ينبغي أن يؤثره على نفسه، وسببه لا ينقطع، وليس كذلك العبد.

(١) في الأصل: لأن المحجور.
(٢) في الأصل: تقومه.
(٣) في الأصل: مما يجب.

مَسْأَلَة (١٤):

وإذا أذن السيد لعبده في التزويج ؛ تعلق المهر بذمة العبد، وكانت النفقة والمهر من فوائد نظر العبد، لا من مال في يده قبل التزويج، ولا من مكاسبه التي هي عوض حركاته[١].

وقال الشافعي: يكون ذلك من مكاسبه التي هي عوض حركاته[٢]، سواء كان من صنيعه بيده أو خدمة[٣].

والدليل لقولنا هو أن رقبة العبد وجميع حركاته ومنافعه ملك للسيد، فلا يخرج عنه شيء من ذلك إلا بدليل.

وأيضا فإنه لما كان إذنه له في التزويج أن لا يخرج عنه شيء من رقبته ؛ كذلك لا يخرج عنه شيء من حركاته إلا ما قامت عليه دلالة من إذنه فيها، ومما لم يكن مستحقا مثل [ ][٤] وظهارته، وغير ذلك مما لا يملكه السيد.

وأيضا فإن إذنه له في التزويج ليس هو إذنا في إخراج مكاسبه التي هي عوض حركاته التابعة لرقبته، وإنما هو إذن في العقد، فإن انجر منه عوض ؛ فإنما هو ذمة العبد ليس للسيد إبطاله عنه، كما لو أذن له في الإجارة لم يلزمه ما انجر منها في مكاسبه التي هي عوض حركاته، بل إن (٨٢) طرأت ديون

(١) انظر الكافي (٢٤٦).

(٢) وهي رواية عن أحمد، وعنه رواية أخرى أنه على السيد، وهي المذهب. انظر المغني (٩/٢٣٠ ـ ٢٣١) وعند أبي حنيفة المهر دين في رقبة العبد يباع فيه. انظر شرح فتح القدير (٣/٣٧٠ ـ ٣٧١) رد المحتار (٣/٢٣٨).

(٣) الأم (٦/١١٥ ـ ١١٦).

(٤) كلمة لم تتبين لي.

وجناية تذهب بالمال المدفوع إليه بمراضاة أصحابه؛ تعلق ذلك بذمته إن أعتق يوما ما أخذ به، فكذلك المهر والنفقة اللذان هما حق للزوجة كالديون التي تدفع إليه بمراضاة أصحابها، فالمرأة تدخل على هذا.

فإن قيل: فإن الإذن بالشيء إذن به وبمقتضاه، ألا ترى أنه إذا أذن له في البيع والشراء؛ كان إذنا في البيع والشراء، والقبض والتسليم؛ لأنه من مقتضى البيع، وكما إذا أذن له في الإحرام؛ كان إذنا له في الوقوف وأعمال الحج.

كذلك أيضا إذا أذن له في النكاح والمهر والنفقة من مقتضاه؛ كان إذنا بأن ينفق، ويعطي المهر من كسبه.

قيل: لعمري **إن الإذن بالشيء إذن به وبمقتضاه**(١)، ومقتضى النكاح هو الإيجاب والقبول، والاستباحة للاستمتاع والوطء، وأن يفعل جميع ما يقتضيه النكاح مما هو صفة فيه، فأما المهر والنفقة؛ فليس هما من مقتضى النكاح، وإنما يجب أن [يبنونه](٢) وبشيء آخر، ألا ترى أنهم لو لم يسموا مهرا ولم يدعوه إلى البناء؛ لم يجب مهر ولا نفقة، والنكاح ومقتضاه قد ثبت، ثم لو جعلنا المهر والنفقة مأذونا فيهما؛ لم يكن إذنا فيهما، على أنها من مكاسبه، وإنما هو إذن يتعلق بذمته، وهو أنه إن طرأت له من غير هذا الوجه؛ فمن أين يثبت أنه إذن فيهما من مكاسبه.

وأما إذا أذن له في الإحرام؛ فهو إذن في الوقوف والطواف، فأما ما يطرأ من لبس أو قتل صيد؛ فإن الهدي وما يجب لا يخرجه من مكاسبه إلا

(١) انظر المنثور في القواعد (١/٣٧ ـ ٣٨).
(٢) كلمة لم أتبينها، وما أثبته أقرب إلى رسمها.

بإذن سيده، فهو كالنفقة والمهر.

فإن قيل: فإنه لا يخلو إما أن تقولوا: إن المهر والنفقة يتعلقان بذمة السيد، أو بذمة العبد يتبع به إذا أعتق، أو رقبته، أو بكسبه، ولا يجوز أن يكون في ذمة السيد إلا بالضمان وهو لم يضمن، وإنما (٨٣) أذن في العقد، ولا يجوز أن يكون في ذمة العبد يتبع به إذا أعتق؛ لأن المهر والنفقة في مقابلة البضع والاستمتاع، وعقود المعاوضة مبنية على أنه إذا أسلم أحد البدلين؛ وجب تسليم الآخر الذي في مقابلته معجلا، فإذا أسلمت المرأة نفسها ومكنت؛ اقتضى تعجيل المهر والنفقة، فلم يجز أن يكون في ذمته يتبع به بعد العتق، ولا يجوز أن يتعلق برقبته حتى يثبت عليه برضا من له الحق وهو المرأة، والحق إذا ثبت برضا من له الحق لم يتعلق بالرقبة، كما لو اشترى شيئا، وإنما يتعلق بالرقبة ما وقع بغير اختيار من له الحق كأرش الجناية، فإذا بطلت الأقسام الثلاثة لم يبق إلا أن يكون في كسبه.

قيل: الصحيح من الأقسام هو أن يتعلق [بذمته][1] على شرط أنه إن طرأت له فوائد من هبات وغيرها؛ عجل ذلك، وإلا كانت في ذمته إلى أن يعتق، وليس [كل ما][2] كان بدلا وكان في مقابلة الآخر؛ يجب تسليمه معجلا، ألا ترى أن العبد لو لم يكن في يده مال في الحال؛ فإنكم تترقبون في أن يكسب في ثان، ولو كان أيضا في يده مال قبل النكاح؛ لم يلزمه أن يعجل المهر منه، بل يترقب كسبه في ثان، فإن لم يجب عليها تسليم بضعها

(١) في الأصل: بيمينه، وهو تحريف.

(٢) في الأصل: كلما.

حتى يكسب ثم يسلم؛ فقد يقع أحد البدلين أيضا [المؤخر][1]، ألا ترى أنها لو رضيت بذمته وتركت تعجيل المهر؛ لجاز ذلك، فكذلك نقول: إنها تدخل مع العبد على هذا، وهو أنه يكون في ذمته على الشرط الذي ذكرناه وإلا لم يدخل، فليس أحد يجبرها على ذلك، وهذا كما قلناه في مداينة العبد المأذون له في التجارة فإنها لا تكون في مكاسبه؛ لأن المداين على هذا يدخل باختياره، لا يجبره أحد عليه، وكلاهما مأذون فيه.

فإن قيل: الفرق بين المهر والنفقة من[2] وجهين:

أحدهما: أن الدين إنما تعلق بذمته دون (٨٤) كسبه؛ لأن السيد لم يأذن له في الاستدانة، وذلك أنه إذا أذن له في التجارة؛ فلا يخلو إما أن يعطيه المال [ليتجر][3] بذلك المال، [أو][4] أذن له أن يتجر بجاهه ووجهه، فإن كان دفع إليه مالا؛ فإنما قال له: خذ وادفع من هذا المال، وإن كان أذن له في التجارة [بوجهه][5]؛ فإنما قال له أيضا، خذ وادفع مما تأخذ، فلم يأذن له أن يستدين بحال، فلم يتعلق بكسبه، وتعلق بذمته يتبع به إذا أعتق، وليس كذلك المهر والنفقة؛ لأنه إذا أذن له في النكاح؛ فقد أذن له في أن ينفق ويعطي المهر من كسبه؛ لأنه من مقتضاه، فلهذا لم يتعلق بذمته.

والفرق الثاني: هو أن السيد [يعرف][6] أن المقصود من النكاح

---

(١) هكذا بالأصل.

(٢) هكذا بالأصل: ولعل الصواب: الفرق بين المهر والنفقة وبين التجارة من.

(٣) في الأصل: المتجر.

(٤) في الأصل: إذ.

(٥) كلمة غير واضحة بالأصل، وما أثبته يدل عليه ما قبله.

(٦) ساقط من الأصل.

الاستمتاع، والنفقة في مقابلة الاستمتاع، فإذا أذن له في الاستمتاع؛ كان له أن ينفق؛ لأن المنع من الإنفاق يمنع الاستمتاع، فلم يعلق على ذمته؛ لأن تعليقه على ذمته يمنع الاستمتاع المقصود بالنكاح، وليس كذلك التجارة؛ لأن المقصود منها الفضل والربح، وتعليق الدين على ذمته لا يمنع الربح والفضل، فجاز أن يعلق بذمته.

قيل: أما الفرق الأول؛ فلا فرق بينهما، وذلك أن السيد كما لم يأذن له في الاستدانة؛ فإنه لم يأذن له في أن ينفق من كسبه، فهو كما يأذن له في التجارة بوجهه، فإنما يدخل على أنهم إن رضوا بذمته؛ أعطوه ورضوا به، فربما أعطاهم مما أخذ منهم، وربما أتلف ما أخذه، أو تلف بغير صنعه، فتتعلق ديونهم بذمته، كذلك إذا أذن له في النكاح؛ فإنما يقول له: إن رضوا منك بما يطرأ لك من فائدة أو بأن يكون في ذمتك؛ فقد أذنت لك في النكاح، وليس يلزمني أن [أصلى بك والزيت من عندي][(١)]، فأحسن أحوالك أن تكون كالحر المطلق يتزوج، فإن وجد ما ينفق مما لا يتعلق به حق لغيره؛ أنفق وأمهر، وإن لم ترض الزوجة بذلك وأنت عبد؛ (٨٥) فلها أن تصبر عليك بالنفقة، أو تطلب الفراق، ولو طلق قبل الدخول فلم يقدر على نصف الصداق؛ كان في ذمته فصورة العبد هذه الصورة؛ لأن مكاسبه حق لسيده، ولم يأذن له في النفقة منها.

وأما الفرق الثاني الذي هو السيد عندكم؛ فإنه ضعيف، وذلك أن الاستمتاع وإن كان مقصودا من النكاح والنفقة في مقابلته؛ فإنه إذا أذن له في الاستمتاع فإنما أذن له على صفة، وهو أن لا تكون النفقة من مكاسبه، وإنما

(١) هكذا بالأصل.

يكون مما يطرأ له من الفوائد، أو بأن لا يلزموه النفقة، أو ترضون بها في ذمته، ألا ترى أن الحر الصانع المكتسب إنما يتزوج رجاء أن يجد ما ينفق مما لا يتعلق بحقوق غيره، فإن وجد ما ينفق؛ وإلا كانت الزوجة بالخيار بين أن تصبر عليه، أو تطالبه بالفرقة، وإن كان في يده شيء للناس؛ لم ينفق منه إلا بإذنهم، فكذلك العبد مكاسبه لسيده، فإن أذن له في النفقة من مكاسبه؛ فذاك، وإلا كانت الزوجة بالخيار أن تصبر عليه، أو تطالبه بالطلاق إن لم يجد.

وأما قولهم: «إن تعلق النفقة بذمته يمنع الاستمتاع»؛ فليس كذلك؛ لأن الزوجة تدخل على أحد أمرين: إما أن ترضى بذمته فلا تمنعه الاستمتاع، أو لا ترضى؛ فهو كالحر إذا لم يجد ما ينفق.

على أننا لو قلنا: إن الزوجة إذا رضيت بالعبد وهي تعلم أنه لا يملك شيئا، وإنما ينفق مما يستفيده من غير مكاسبه؛ فإن لم يجد شيئا فليس [لها][1] أن تمنعه الاستمتاع، وهذا كما نقوله فيمن تزوجت بسائل يتكفف الناس، وهي تعلم ذلك، فليس لها أن تمنعه نفسها إذا لم يفتح له بما ينفقه؛ [لأنها][2] على هذا دخلت، وكذلك نقول في زوجة العبد: إنها تدخل على هذا، فسقط ما ذكروه.

وهذا كما نقول في السيد إذا زوج أمته فإنه [يحر مها][3] واستعمال حركاتها في النهار وليس عليه أن يثويها مع زوجها نهارا (٨٦) وليلا من أن

(١) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.
(٢) في الأصل: لأن هذا.
(٣) كلمة غير ظاهرة، وما أثبته أقرب إلى رسمها.

للزوج حق الاستمتاع، بل يلزمه أن يثويها معه ليلا، ويستخدمها سيدها نهارا ويؤاجرها، فكذلك إذنه لعبده في النكاح لا يلزمه إخراج خدمته عن يده، وإن سأله نهارا ليكتسب نفقة زوجته، بل يستخدمه هو ويؤاجره نهارا كالأمة.

فإن قيل: الفرق بين العبد والأمة هو: أنه إذا أذن لعبده في التزويج فتزوج؛ فإن حق النفقة للمرأة والاستمتاع للعبد، فلم يكن له منع حق العبد إذا أذن له فيه؛ لأنه إذا منعه من الاكتساب والنفقة؛ امتنع عليه الاستماع، فلهذا لزمه تخليته، وليس كذلك في الأمة؛ لأن الحق للسيد، وللإنسان أن يترك حق نفسه.

قيل: النفقة في الأمة حق لها، والاستمتاع بها حق للزوج، فلما كان للمولى أن يقطع حق الزوج ويستخدمها بالنهار؛ كان له أن يقطع حق العبد واستخدامه بالنهار؛ لأن الخدمتين منهما للمولى.

وقولهم: «إن منعه من النفقة يقطع عليه الاستمتاع»؛ فقد أجبنا عنه، وقلنا: هو كالحر المعسر، ولو قطعه عن الاستمتاع على هذا الوجه؛ لأنه [إن][1] دخل على أن لا ينفق من مكاسبه؛ لم يكن هذا بأسوأ حالا منه لو امتنع من تزويجه أصلا، فإن السيد لا يجبر على ذلك، فإذنه له في النكاح على أن لا ينفق من مكاسبه أشد على العبد من [منعه][2] التزويج أصلا؛ لأنه إذا أذن له في النكاح؛ فقد يجد ما ينفق من غير مكاسبه، وقد ترضى الزوجة منه بترك النفقة، وقد تصبر عليه، فلم يلزم ما ذكروه.

---

(١) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٢) في الأصل: منفعة.

مَسْأَلة (١٥):

إذا قالت له أمته: أعتقني على أن أنكحك، واجعل عتقي صداقي، فأعتقها؛ فإنها بالخيار في أن تتزوج به أو تدع[١].

وحكي عن الأوزاعي أنه قال: يجب عليها أن تتزوج به إذا أعتقها على هذا الشرط[٢].

وقد حكي أنه مذهب أحمد، وداود[٣]. (٨٧)

وأصحاب أحمد يحكون خلاف هذا، ويقولون: إنها إذا استدعت منه عتقها بشرط أن يتزوجها ويكون عتقها صداقها؛ فبنفس قول السيد «أعتقتك»؛ تُعتق، وينعقد النكاح[٤].

وبمثل قولنا قال أبو حنيفة والشافعي[٥].

والدليل لنا على الأوزاعي؛ أن الفروج في الأصل محظورة حتى يقوم دليل.

والثاني: أنه لا يجب على المرأة شيء إلا بدليل، فمن قال: يجب عليها أن تتزوج به؛ فعليه الدليل.

---

(١) انظر المعونة (٢/٥٥٧) الإشراف (٣/٣٠٠).
(٢) الإشراف (٣/٣٠٠) المحلى (٩/١٠٠ ـ ١٠٨).
(٣) المغني (٩/٢٦٠ ـ ٢٦١) المحلى (٩/١٠٠ ـ ١٠٨).
(٤) انظر المغني (٩/٢٦٠ ـ ٢٦١) تنقيح التحقيق (٤/٣٤٣).
(٥) انظر نهاية المطلب (١٢/٧٧) فتح الباري (١١/٣٧٨ ـ ٣٨٠) تكملة المجموع (٢٠/٢٦ ـ ٢٩) شرح معاني الآثار (٢/٣٧٨ ـ ٣٨٢).

وأيضا فإن هذا يحصل سلما ونكاحا ، فوجب أن لا يلزم ، دليله إذا قال لها: خذي هذه العشرة سلما في نكاحك على أن أتزوج بك ، أو أسلمت إليك هذه العشرة على أن أتزوجك ؛ فإنه لا يلزمها ؛ لأن السيد بذل ملكه الذي هو الرق على شرط أن تتزوج به ، وهذا غير السلم.

وأيضا فإن الذي يثبت في الذمم أحد أمرين: إما فعل ، أو عين ، فالفعل مثل الخياط يتسلم في الخياطة ، والبَنّاء في بنيان ، وما أشبه هذا من الأعمال ، مثل أن يقول له: خذ هذه العشرة على أن تخيط لي ثوبا على صفة كيت وكيت ، أو تبني لي حائطا صفته كيت وكيت ، فيثبت العمل في ذمته.

وأما العين ؛ فمثل أن يقول: أسلمت إليك مائة درهم في كذا وكذا مكيال من الحنطة والتمر على صفات السلم.

فأما العقود ؛ فلا تثبت في الذمم ، يدل على ذلك أنه لو أعطاه عشرة دراهم على أن يعقد معه عقد بيع ، أو عقد شراء ، أو غير ذلك من العقود ؛ لم يلزمه أن يعقد ، وهذا إثبات عقد نكاح في الذمة ؛ لأنه أعتقها على أن يتزوج بها.

وأيضا فإن خيار الامتناع من النكاح أو إيقاعه إنما يثبت لها بعد العتق ، وبه يجب ، فإذا [طلبت][1] الخيار قبل العتق ؛ لم يبطل ، وكان ثابتا بعده ؛ لأنها تطلبه قبل وجوبه ، كما نقول: إن الأمة إذا أعتقت تحت عبد ؛ وجب لها الخيار بعد العتق ، فيجب لها خيار الفسخ ، (٨٨) فلو أبطلت خيارها قبل العتق ؛ لم يبطل ، [و][2]كان الخيار لها بعد العتق ، فلو قالت: إذا أُعتقت قد

(١) في الأصل: بطلت.
(٢) ساقطة من الأصل.

اخترت المقام على زوجي العبد؛ لم يلزمها، فكان لها بعد العتق أن تفارقه أو تقيم معه، وفارق هذا الخياطة لأنه فعل، **والأفعال على الصفات تثبت في الذمم على ما بينا، والعقود لا تثبت في الذمم كما بينا.**

والدليل على أحمد وداود وهو أن يقال: إن العتق إزالة ملك، **وإزالة الملك عن شيء لا يتضمن ملكه واستباحته**، والدلالة عليه سائر الأصول، ألا ترى أنه لو باع أمته أو وهبها هبة صحيحة؛ لم يتضمن بيعه وهبته ملكها، واستباحتها، والاستمتاع بها، كذلك أيضا ما دامت في رقه هو مالك للاستمتاع، فإذا قال: أعتقتك؛ فقد زال ملكه عن رقبتها، والاستمتاع بها لا يجوز أن يتملكه بها.

ولنا أيضا قول النبي ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل، كتاب الله أحق»(١).

وهذا الشرط ليس في كتاب الله.

فإن قيل: فقد قال ﷺ: «المؤمنون على شروطهم وعند شروطهم»(٢).

قيل: إذا كان هذا الشرط في كتاب الله؛ لأنه ﷺ قد أبطل كل شرط ليس في كتاب الله ﷻ.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾(٣)، أي بأحكامها، وهذه قد عقدت بالشرط على نفسها، وكذلك هو أيضا.

---

(١) أخرجه البخاري (٢١٦٨) ومسلم (٦/١٥٠٤).

(٢) سيأتي تخريجه (٨٣/٦).

(٣) سورة المائدة، الآية (١).

قيل: عن هذا جوابان:

أحدهما: أن العتق حل وليس بعقد، ولو كان عقدا؛ لوجب الوفاء بحكمه؛ لأن حكمه أن يزيل حكم الاستمتاع والملك، فيجب الوفاء بذلك، وأما ما عقدته هي على نفسها من قبول العتق على شرط النكاح؛ فإن الحكم لم يتعلق بقبولها العتق؛ لأنه يثبت وإن لم تقبله، وأما العقد في النكاح؛ فإنه عقد بين متعاقدين لا يصح إلا منهما، فإذا بطل الشرط الذي شرطاه بما بيناه؛ لم يحصل العقد.

على أنه لو كان عموما؛ لخصه قوله ﷺ: «كل شرط ليس في كتاب الله
(٨٩) فهو باطل»[1]، فإذا بطل شرط تزويجها؛ لم يبق إلا العتق الذي يزيل الملك.

وأيضا فإنها [مالكة][2] لنفسها بالعتق، فوجب أن لا تجبر على النكاح، دليله إذا لم يشترط عليها ذلك.

فإن قيل: فقد أعتق النبي ﷺ صفية وجعل عتقها صداقها»[3].

ولم ينقل أنه عقد عقد النكاح، والإجماع أن صفية كانت زوجته ﵇، فدل على أن العقد انعقد بقوله: أعتقتك على أن يكون عتقك صداقك.

قيل: قد نقل «أنه ﵇ أعتق صفية ونكحها، وجعل عتقها صداقها»[4]،

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٤٤١).
(٢) في الأصل: ملكه.
(٣) أخرجه البخاري (٥٠٨٦) وقد تقدم.
(٤) هذه الرواية عند البخاري (٤٢٠١).

فدل على أن النكاح وقع بعد العتق، ثم كان مخصوصا بترك الصداق كما في الموهوبة[1]، وكما خص بأشياء لم تجز لنا.

فإن قيل: فلم نفذتم هذا العتق ولم يوجد شرطه الذي هو التزويج.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أن العتق إذا وقع على بدل لا يصح أن يكون عوضا في الشرع؛ نفذ العتق ومضى، ألا ترى أنه لو أعتقها على زق[2] خمر؛ نفذ العتق، ولم يجب له البدل.

والجواب الثاني: هو أن العتق إذا علق وقوعه على شرط؛ فإنه لا يلزم ما لم يوجد الشرط، فأما إذا [أوجده][3] وجعل في مقابله العتق بدلا يصح أن يكون عوضا؛ فإن العتق ينفذ، ويلزم ما في مقابلته عند مالك، مثل أن يقول لها: أنت حرة وعليك خمسون درهما، وعند ابن القاسم تعتق ولا يلزمها شيء، وأما إذا كان في مقابلته ما لا يصح أن يكون بدلا؛ نفذ العتق، ولم يلزم البدل عند مالك وابن القاسم، كما يعتقها على زق خمر.

وأيضا فإنه عقد من العقود التي لها الإذن فيه، فلم يجز أن تُجبر عليه، دليله البيع وغيره.

وأيضا فإنه عقد على استباحة منافعها، ولهذا أذن فيه، فوجب أن لا

(١) هذا جواب ثان على الاعتراض، وهو على فرض عدم تسليم صحة الجواب الأول، واختلف في وجه الخصوصية هاهنا على ثلاثة أقوال، انظرها في فتح الباري (١١/٣٧٩ ـ ٣٨٠) تكملة المجموع (٢٠/٢٧ ـ ٢٨).

(٢) الزق بالكسر: الظرف، والجمع أزقاق وزِقاق وزُقّان. المصباح المنير (١٤٩).

(٣) كلمة لم أتبينها من الأصل، وما أثبته قريب منها، وهو المناسب للمعنى.

تُجبر عليه، دليله الإجارة.

وأيضا فإنها مالكة نفسها بالحرية، فوجب أن لا تجبر على النكاح كسائر الحرائر.

فَصْلٌ

على الشافعي فإنه يوافقنا في أن النكاح لا يلزمها، ولكن يلزمها فيه قيمة العتق، وعندنا لا يلزمها شيء(١).

والدليل لقولنا براءة الذمة من وجوب شيء حتى يقوم دليل به.

وأيضا قول النبي ﷺ: «ليس في المال حق سوى الزكاة»(٢).

فنفى أن يجب في مالها شيء سوى الزكاة عموما إلا أن تقوم دلالة.

فإن قيل: إنما يتعلق ذلك بذمتها لا بمالها؛ لأن مالها لو تلف لم يسقط ذلك عن حصتها.

قيل: هو وإن تعلق بذمتها؛ فإنها لا تدفعه إلا من مال، وقد قال: «ليس في المال حق سوى الزكاة»(٣)، فهو عام في كل مال، سواء كان لها أو طرأ لها، وقوله ﷺ: «لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه»(٤)، فإذا لم تطب نفسها؛ لم يحل أخذه منها.

---

(١) وعن أحمد روايتان كالمذهبين. انظر المغني (٩/٢٦١) والمصادر السابقة.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٧٨٩) وقال البيهقي (٤/١٤٢): «لست أحفظ فيه إسنادا».
وقال النووي في المجموع (٦/٤٦٥ ـ ٤٦٦): «ضعيف جدا لا يعرف».

(٣) هو الحديث قبله.

(٤) سيأتي تخريجه (٦/١٠٧).

فإن قيل: فإن السيد أزال ملكه على بدل، وكل من أزال ملكه على بدل يحصل له وتعذر تسليم ذلك البدل؛ [رد](١) قيمة المبدل إن كان تالفا، ورد المبدل نفسه إذا كان قائما، ألا ترى أنه لو ابتاع سلعة بسلعة، واستحقت السلعة التي هي الثمن، وخرجت مغصوبة؛ رد السلعة التي ابتاعها إن كانت قائمة، وإلا قيمتها إن كانت تالفة، وكذلك لو طلقها على أن تعطيه عبدا واستحق؛ ردت مهر مثلها وهو قيمة البضع؛ لأن البضع متلف، كذلك أيضا لما لم يمكن رد العتق؛ وجب أن ترد قيمة العتق.

قيل: إن السيد أزال ملكه إلى ما لا يصح أن يكون عوضا عن العتق وهو النكاح، ولا يصح أن يكون العوض أيضا في النكاح هو العتق، فنفذ العتق ولم يثبت العوض، كما لو تزوجها على زق خمر عندنا، أو أعتقها على زق خمر عندنا وعندكم، فإن العتق ينفذ، والسيد قد زال ملكه على عوض لم يصح أن يكون عوضا. (٩١)

وعلى أن هذا ينتقض عليهم في أنه أزال ملكه إلى بدل يملكه [رقيقه](٢)، ومع هذا فلا يلزم فيه البدل، فأما الخلع؛ فكذلك لو خالعها على ما لا يصح أن يكون عوضا مثل الخمر أو الخنزير؛ نفذ الخلع، ولم يكن له شيء، فأما إذا خالعها على عبد فاستحق؛ فإنه يوضع عندنا بقيمته لا بصداق المثل؛ لأنه خالع على ما لا يصح أن يكون عوضا، والخلع يقع بعوض وغير عوض، فإذا لم يصح العوض؛ وقع الطلاق، ولم يكن له شيء في العبد، لما صح أن يكون عوضا رجع بقيمته إذا استحق؛ لأن الخلع لا يتقدم ولا

(١) ساقطة من الأصل.
(٢) في الأصل: رفيقه.

البضع، فلم يرجع فيه إلى صداق المثل.

وعروض مسألة الخلاف بيع سلعة بسلعة، فإذا استحقت إحداهما؛ رجع الآخر إلى سلعته، وكان ينبغي أن يرجع في العتق إلى الرق، وفي الخلع إلى الزوجية، فلما نفذ ذلك ولم يرجع فيه مع إمكان جواز ذلك في الشريعة ولم يكن البدل مما يتملكه على وجه العوض؛ لم يثبت حكمه كما ذكرناه في العتق على الخمر والخنزير. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَة (١٦):

الأخ عندنا أولى بإنكاح أخته من جدها[١].

وعند الشافعي أن الجد أولى[٢].

والدليل لقولنا أن ولايات النكاح تختص بالتعصيب، فكل من كان تعصيبه أقوى؛ كان أولى، والأخ أولى تعصيبا من الجد؛ لأن الأخ يدلي بالبنوة، [والجد يدلي بالأبوة][٣]، والأخذ [بالبنوة][٤] أقوى؛ لأن الأخ يقول لأخته: أنا ابن أبيك، والجد يقول: أنا أبو أبيك، فهو أقوى تعصيبا، وعندنا

(١) انظر المدونة (٢/٥٣٣) الاستذكار (١٤/٨٧) بداية المجتهد (٤/٢٢٤ - ٢٢٥) وهو رواية عن أحمد، وعنه رواية أخرى كالشافعي، ورواية ثالثة أنهما سواء. انظر المغني (٩/١٥٤).

(٢) الأم (٦/٣٥) الحاوي الكبير (٩/٩١) تحفة المحتاج (٣/٢٥١) وهو الأصح عند الحنفية كما قال ابن الهمام (٣/٢٦٨) وهو رواية عن مالك كما في بداية المجتهد (٤/٢٢٥).

(٣) ساقط من الأصل.

(٤) في الأصل: بالبنوة والأبوة.

أن ابنها أولى من أبيها بإنكاحها.

ونستدل عليه بعد هذا[(١)]، (٩٢) فقد استمر ما نقصده من قوة التعصيب في النكاح في الأخ على الجد.

فإن قيل: فإن أمر النكاح مبني على التعصيب والشفقة، والجد أشفق من الأخ، ألا ترى أن الأب أولى من كل ولي لهذا المعنى، فهو في طلب الحظ لها أقوى من الجد[(٢)]، فكذلك يجب أن يكون الجد أولى من الأخ بهذا المعنى.

قيل: الأخ أغير على أخته من جدها في طلب الحظ والاحتياط لها أكثر من الجد، **وليس أمر النكاح مبنيا على الشفقة، وإنما هو مبني على طلب الكفاءة، ولئلا يدخل العار**، والأخ أبلغ في الغيرة على أخته من جدها، فهو محتاط لها في الكفاية أكثر من احتياط الجد، ولهذا المعنى اختص الأب في بنته.

فإن قيل: فإن للأب تعصيبا وولادة، والجد كذلك، فلما كان الأب أولى من الأخ؛ كان كذلك الجد.

قيل: الأب له تعصيب وولادة محضة، يحوز [بها][(٣)] الميراث والولاء مع وجود الأخ، والجد ليس كذلك، فلما استوى حكم الجد مع الأخ في الميراث وقوي تعصيب الأخ ـ لأنه يحوز الولاء دون الجد عندنا ـ؛ كان أولى بإنكاحها.

---

(١) وهي المسألة الموالية.
(٢) انظر تكملة المجموع (١٩/١٩١).
(٣) في الأصل: لها.

وقد قلنا: إن أمر النكاح يختص بالتعصيب، فمن كان تعصيبه أقوى مع كونه أطلب لها في طلب الكفاءة؛ كان أولى[1].

على أن قياسهم سقط على أصلنا؛ لأن للأب تعصيبا وولادة، والأب له تعصيب محض، وعندنا أن الابن أولى بإنكاح أمه من أبيها لقوة تعصيبه.

فلو قاسوا ذلك على الأخ للأب مع الأخ للأب وللأم، وأن الأخ للأب والأم لما جمع التعصيب وزاد بالرحم؛ كان أولى من الأخ للأب، فكذلك الأخ مع الجد.

قيل: إن التعصيب في الأخ للأب والأم والأخ للأب من جهة واحدة متساوية، وللأخ للأب والأم مزية (٩٣) من جهة الرحم، فيقدم عليه لذلك، وليس كذلك الجد؛ لأن تعصيبه يضعف عن تعصيب الأخ، ورحم الجد أقوى من رحم الأخ، فاعتدلا في الميراث بذلك، وليس هكذا حال الأخوين، فعلم أن الرحم لها مدخل في الميراث، وليس لها مدخل في المناكح [ ][2] بالتعصيب المحض أو به وبالرحم يكون دخول الرحم كالتبع للتعصيب.

فإذا تقرر هذا؛ فالذي ينبغي أن يراعى من قوي تعصيبه، مع كونه أغير عليها في طلب الكفاءة، وهنا في الأخ موجودة.

فإن قيل: فإن الجد له الولاية في مالها بنفسه، ويجبرها على النكاح كالأب.

(١) والشافعي يقول: «المُزَوِّجة من الآباء وليست من الإخوة، والولاية غير المواريث». الأم (٦/٣٥).

(٢) كلمة لم أتبينها.

قيل: ليس هكذا عندنا، وهو والأخ في ذلك سواء، وقد تقدم الكلام في ذلك.

وعلى أن مالكا قد قال فيمن لا تزوج إلا بإذنها: إن الأولياء كلهم سواء، وإن من عقد عليها منهم بإذنها؛ جاز، لا فرق في ذلك بين الأب والجد والأخ والعم؛ لأن كل واحد منهم لا يصل إلى العقد عليها إلا بإذنها، وأن من كان منهم وضعها في غير كفء؛ فللناس الاعتراض عليه، وإن كان لها ولي واحد فرضيا بغير كفء؛ لأن الحق لا يخرج عنهما جميعا.

فعلى هذه الرواية يصير تقديم بعضهم على بعض مستحبا.

مسألة (١٧):

الابن أولى بإنكاح أمه من أبيها ومن سائر الأولياء عندنا[١] وعند أبي حنيفة[٢] وسائر الفقهاء، إلا الشافعي.

غير أن أبا حنيفة يقول: الابن والأب سواء، من شاء منهما زوجها[٣].

وروي عنه: [الابن][٤] أولى من الأب والجد.

(١) انظر المدونة (٢٧/٢) الاستذكار (٨٧/١٤) وقال به من الشافعية المزني كما في تحفة المحتاج (٢٥١/٣) وروي عن مالك أيضا مثل قول الشافعي، واستحسنه ابن رشد. بداية المجتهد (٢٢٤/٤ ـ ٢٢٥).

(٢) وهو قول أبي يوسف، وقال محمد: أبوها أولى مثل قول الشافعي. انظر شرح فتح القدير (٢٧٩/٣).

(٣) وهي رواية عن أبي يوسف أيضا. المصدر السابق.

(٤) ساقط من الأصل.

وروي عنه أنهما أولى منه.

وأحمد بن حنبل يقول: الأب أولى من الابن، والابن أولى من الجد والأخ والعم وغيرهم[1].

وإسحاق يقول مثل قولنا[2].

وقال الشافعي: (٩٤) لا يزوج الابن أمه بالبنوة، ولا ولاية له عليها، وإنما يجوز له أن يزوجها إذا كان مولى لها كان اشتراها فعتقت عليه، أو يكون حاكما، أو ليس لها من العصبات غيره، أو يكون عصبة لها مثل أن يكون أبوه ابن عمها، فيكون ابنها منه ابنَ ابنِ عمها، فهو عصبة لها[3].

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[4].

فأمر المؤمنين أن يوقعوا النكاح على الأيامى منهم، ولم يفرق بين أن يكن أمهات أو غيرهن.

فإن قيل: هذا خطاب للأولياء أو للحكام.

قيل: هذا لجميع المومنين عموما؛ لأنه تعالى قال: ﴿وَتُوبُوٓا۟ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ ۝٣١ وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[5].

---

(١) وهذا هو المذهب كما في الإنصاف (٢٠/١٦٢ ـ ١٦٣) وعنه رواية مثل مذهب مالك، وأخرى مثل مذهب الشافعي. انظر المغني (٩/١٥٤).

(٢) الحاوي الكبير (٩/٩٤).

(٣) الأم (٦/٣٧) الحاوي الكبير (٩/٩٤ ـ ٩٦) تحفة المحتاج (٣/٢٥١).

(٤) سورة النور، الآية (٣٢).

(٥) سورة النور، الآية (٣٢).

على أن الابن عندنا ولي كابنها الذي هو من عصبتها[1]؛ لأنه يحوز المال كله إلا السدس مع وجود الأب، ويختص بولاء مواليها دون أبيها كابنها الذي هو ابن ابن عمها، لا فرق بيّن بينهما في ذلك، فإذا كان التزويج بالولايات إلى العصبات؛ فأقرب العصبات البنون دون الأباء بما ذكرناه.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾[2]، فدليله أنهم إذا آمنوا؛ أنكحناهم، ولم يفرق بين أن ننكحهم الأمهات أو غيرهن.

فإن قيل: هذا خطاب للأولياء.

قيل: ما قبل الآية يدل على أنها عموم.

وعلى أن الابن ولي، ونذكر ما قدمنا ذكره، ثم نقول: هو [ذكر][3] بالغ، عاقل، حر، يحوز جميع المال في الولاء مع وجود الأب، فوجب أن يكون أولى بالعقد منه، أصله إذا كان ابن ابن عمها.

ونقول أيضا: هو ذَكر يستغرق جميع مالها إذا انفرد بالميراث، [فجاز][4] له أن يزوجها كالأب.

فإن قيل: ينتقض بالأخ مع وجود الأب.

قيل: عنه جوابان:

---

(١) الذي هو ابن ابن عمها كما سيأتي، وعند الشافعي: لا ولاية للابن على أمه، وليس له أن يزوجها بالبنوة. انظر الحاوي الكبير (٩/٩٤ ـ ٩٦).

(٢) سورة البقرة، الآية (٢١٩).

(٣) في الأصل: البكر.

(٤) في الأصل: إذا جاز.

أحدهما: أنه إن زوجها؛ جاز مع وجود الأب في إحدى الروايتين؛ لأنها ثيب[1]، وإذا قلنا: إنه مستحب أن يقدم الأب؛ فإن (٩٥) التعليل وقع لجواز العقد عليها في الجملة، ثم أيّ وقت يعقد؟ وفي أي حال؟ لم يقصده بالتعليل، وأنتم لا تجوزون له العقد عليها بكل حال، فلم ينتقض تعليلنا.

وأيضا فقد دللنا على أن الابن أقوى تعصيبا من الأب بحوزه جميع المال إلا السدس مع وجود الأب، ونفرض للأب معه السدس كما تفرضون للأب، ويختص الابن بالولاء دونه، فإذا جاز للأب أن يزوجها؛ كان الابن أولى بذلك منه.

وأيضا فقد روي «أن رسول الله ﷺ خطب أم سلمة فقالت: مالي ولي حاضر، فقال ﷺ: مالك ولي حاضر ولا غائب إلا ويرضاني، قم يا عمر فزوج أمك».

وروي أنه قال: «قم ياغلام زوج أمك»[2].

وروي أن أنس بن مالك زوج أمه أم سليم[3].

فإن قيل: الاعتراض على حديث أم سلمة من ثلاثة أوجه:

أحدها: أنه كان خاصا للنبي عليه السلام أن يتزوج بلا ولي[4].

---

(١) انظر المدونة (٢/٢٧٢).

(٢) أخرجه أحمد (٦/٣١٣ ـ ٣١٤) والنسائي (٣٢٥٤) والبيهقي (٧/٢١٢) والطحاوي في مشكل الآثار (٣/٤٩٧) وإسناده ضعيف لجهالة ابن عمر بن أبي سلمة. وإسناد الطحاوي فيه انقطاع.

(٣) أخرجه البيهقي في الكبرى (٧/٢١٣) وفي مختصر الخلافيات (٤/١٣٦).

(٤) ولذلك قال البيهقي عقب هذا الحديث (٧/٢١٣): «وكان للنبي ﷺ في باب النكاح ما ليس لغيره».

وأيضا قال لعمر: «زوج أمك» استطابة له، لا أنه جعله وليا في الحقيقة[1]، ألا ترى أن عمر كان صغيرا، **والصغير بالإجماع لا ولاية له على أمه**[2].

والدليل على أنه كان صغيرا؛ قولها: مالي ولي حاضر[3].

والثاني: أننا نسلم لكم أنه كان كبيرا، ولكنه كان أبوه ابن عمها؛ لأن أم سلمة مخزومية، وأبو سلمة مخزومي، فابنها منه ابن ابن عمها؛ لأن نسبها يرجع إلى عبد الله بن مخزوم[4].

والثالث: أن وليها كان غائبا، والولي إذا كان غائبا؛ كانت الولاية إلى الحاكم والإمام، فالنبي ﷺ وكله في تزويجها منه ﷺ، فكان عمر وكيله ﷺ[5].

قيل: أما الفصل الأول [بأنه][6] ﷺ مخصوص بأن يتزوج بلا ولي؛

(١) وجواب آخر، وهو أنه قوله «قم فزوج أمك»، أي فجئني بمن يزوج أمك. الحاوي الكبير (٩/٩٥).

(٢) انظر الحاوي الكبير (٩/٩٥ ـ ٩٦).

(٣) فأقرها على هذا القول، فدل على أنه لم يكن وليا. الحاوي الكبير (٩/٩٥)
وقال ابن التركماني في الجوهر النقي: «عمر كان صغيرا في ذلك الوقت كما ذكر البيهقي في هذا الباب، وذكر ابن سعد وغيره أنه ﷺ تزوجها سنة أربع، وكان عمر حينئذ ابن ثلاث سنين، والصغير لا ولاية له. وذكر ابن الأثير وغيره أن عمر كان يوم توفي النبي ﷺ ابن سبع سنين، فعلى هذا يكون حين تزوج ﷺ بأمه ابن سنة». هامش السنن الكبرى (٧/٢١٢).

(٤) قال البيهقي (٧/٢١٢): «عمر بن أبي سلمة كان عصبة لها، وذاك لأن أم سلمة هي هند بنت أبي أمية بن المغيرة بن عبد الله بن عمر بن مخزوم، وعمر هو ابن أبي سلمة، وأبو سلمة اسمه عبدان بن عبد الأسد بن هلال بن عبد الله بن عمر بن مخزوم».

(٥) انظر هذه الاعتراضات في تحفة المحتاج (٣/٢٥١).

(٦) في الأصل: بأن.

فإنه يحتاج إلى دلالة، وليس إذا خص بشيء في النكاح بدلالة؛ وجب أن يكون مخصوصا في كل شيء منه بغير دلالة.

على أنه لو كان (٩٦) مخصوصا بذلك لقال لها: وما حاجتك إلى الولي، فإني أنا مخصوص بالتزويج بلا ولي، حتى يستفيد ذلك من جهته ﷺ ويعلمه من حضر، فلما قال لها: «مالك ولي حاضر ولا غائب إلا وهو يرضاني»؛ علم أنه اعتبر الولاية ورضاهم به، ثم لم يقنع بذلك حتى قال لابنها: «قم فزوج أمك».

وأما قولكم: «إنه ﷺ استطاب قلب عمر»؛ فإن الصبي على قولكم لا يصح منه عقد[1]، ولا لاستطابة قلبه حكم، فعلم أنه اعتبر ولايته وإن كان صغيرا، فلعله مراهق[2]؛ لأنه ﷺ لا يأمر من لا يتعلق عليه حكم بأن يزوج[3]، ولكنه كان في حكم البالغ العاقل فأمره بذلك.

وقولها: «ما لي ولي حاضر»؛ فيجوز أنها لم تعلم بحضور عمر، ألا

(١) واستدل به الطحاوي على صحة عقود الصبيان كما في شرح مشكل الآثار (٣/٥٠١ ـ ٥٠٢).

(٢) ولاية المراهق عند المالكية على ضربين: إما أن يكون قد أنبت أو لا، فإن كان قد أنبت الشعر؛ فهو على قولين قائمَين من المدونة: أحدهما: أن عقده جائز كالمحتلم، وعليه نص بعض المتأخرين، والثاني: أن عقده لا يجوز. وسبب الخلاف الإنبات هل هو علامة للبلوغ أم لا؟ وظاهر ما قال مالك في «كتاب القطع في السرقة» أن الإنبات من علامات البلوغ. وأما المراهق الذي لم ينبت الشعر؛ فالذي تقتضيه المدونة وظواهرها ونصوص المذهب أن المراهق لا يحكم عليه ولا له بحكم البالغ. مناهج التحصيل (٣/٣٣٢ ـ ٣٣٤).

(٣) تبين مما ذكره البيهقي وابن اتركماني أنه كان صغيرا جدا لم يبلغ إلى حال المراهقة. وانظر أيضا شرح مشكل الآثار (٣/٥٠١).

تراه ﷺ قد أثبت لها وليا حاضرا بقوله: «مالك ولي حاضر ولا غائب إلا وهو يرضاني»، ثم قال: «قم يا عمر فزوج أمك».

ثم قد يجوز أن يكون علمت بحضور ابنها عمر، غير أنها لم تعلم أن الأبناء يزوجون أمهاتهم، وقد زعمتم أنه كان ابن ابن عمها وهي لم تعلم أنه يجوز له تزويجها.

وأما الفصل الثاني وتسليمكم أن عمر كان كبيرا ولكنه ابن ابن عمها فإنها مخزومية وأبو سلمة مخزومي؛ فإننا نقول: ليس كل من كان مخزوميا يجوز له أن يزوجها، ألا ترى أن العرب الذين يرجعون إلى عدنان وقحطان لا يجوز أن يزوج بعضهم بعضا حتى يعلم العصبة التي يتصل بعضها ببعض، ويرجعون إلى أب واحد يجمعهما بضبط ومعرفة، كما يعمل في المواريث، وأننا لا نورث بني عقيل كلهم من رجل [عقيلي][1] يموت لا نعرف له عصبة مضبوطة، فنقول يأخذ ماله وتركته بنو عقيل؛ لأنهم يرجعون إلى أصل واحد، فإذا كان هذا هكذا؛ فالتزويج كذلك، وكيف يكون ابن عمها وهي تقول: لا ولي حاضر، ويقول النبي (٩٧) ﷺ ما قال، ولا يقول لها: هذا وليك.

وأما الفصل الثالث وأن الولي كان غائبا فكانت الولاية إلى النبي ﷺ، فوكل عمر؛ فإننا نقول: ليس يخلو حال عمر من أن يكون صغيرا أو كبيرا، عصبة لها أو غير عصبة، فإن كان صغيرا[2]؛ فوكالة الصغير لا تجوز، وإن كان كبيرا لا ولاية له؛ لأنه ليس من عصبتها، فكان ينبغي أن يبين ﷺ بأن

(١) في الأصل: عقيل.

(٢) وهو الصواب لما تقدم ذكره.

الولاية إليه، ويكون قوله لها: أنا وليك، ثم يوكل غير ابنها حتى يعلم أنه لا ولاية له أصلا، فلا يلبس على الحاضرين أن الابن يزوج أمه، فإنما قال لها: «ما لك ولي حاضر ولا غائب إلا وهو يرضاني»، فاعتبر الولاية من رضاهم، ثم أمر عمر بأمر يتعلق على البالغين [من][1] أن له ولاية.

وإن كان عمر كبيرا وهو ابن ابن عمها؛ فكيف تقول المرأة: «لا ولي لي حاضر»، وكيف يغفل النبي ﷺ أن يقول لها: هذا عمر ابن عمك وهو كبير فهو وليك، ولا يكون النبي ﷺ موكلا له؛ لأنه بالغ وهو عصبة لها[2].

فإن قيل: فإنها قضية في عين، تحتمل ما نقول وما تقولون، فلا يكون

(١) في الأصل: ثبت.

(٢) تنبيه: رجح الحافظ ابن كثير أن الذي أمرته أم سلمة أن يزوجها هو سلمة بن أبي سلمة حيث قال بعد أن حكى القصة: وقالت لعمر آخر ما قالت له: قم فزوج رسول الله ﷺ، تعني قد رضيت وأذنت، فتوهم بعض العلماء أنه تقول لابنها عمر بن أبي سلمة وقد كان صغيرا لا يلي مثله العقد، وقد جمعت في ذلك جزءا بينت فيه الصواب في ذلك، وأن الذي ولي عقدها عليه ابنها سلمة بن أبي سلمة وهو أكبر ولدها، وساغ هذا؛ لأن أباه ابن عمها، فللابن ولاية أمه إذا كان سببا لها من غير جهة البنوة بالإجماع، وكذا إذا كان معتقا أو حاكما، فأما محض البنوة؛ فلا يلي بها عقد النكاح عند الشافعي وحده، وخالفه الأئمة الثلاثة: أبو حنيفة ومالك وأحمد رضي الله عنه. اهـ البداية والنهاية (٤/١١٠ ـ ١١١).

قلت: ولكن يشكل عليه أنه ورد في هذا الحديث: «قم يا عمر فزوج»، وأيضا لو كان الأمر كما قال؛ لما قالت: ليس لي ولي حاضر.. وهذا كله على فرض صحة الحديث والله أعلم.

تنبيه ثان: رجح ابن حجر الهيتمي في تحفة المحتاج (٣/٢٥١) أن المأمور هو عمر بن الخطاب. وكأنه أخذه من قوله: قم يا عمر فزوج، أو من رواية أخرى فيها: «فلما انقضت عدته بعث إليها رسول الله ﷺ عمر بن الخطاب رضي الله عنه يخطبها عليه، فقالت لابنها: يا عمر قم فزوج رسول الله ﷺ فزوجه». أخرجه أحمد (٦/٢٩٥) والحاكم في المستدرك (٤/١٦) وإن كان هذا مردودا أيضا بقوله: قم فزوج أمك، وفي رواية الطحاوي: قالت لابنها: قم فزوج رسول الله ﷺ. وعمر إنما كان خاطبا لا وليا.

لكم في ذلك دلالة.

قيل: إنها وإن كانت قضية في عين؛ ينبغي أن يستفاد بها ما اختلفنا فيه، ولا تحمل على موضع الاتفاق إلا بدليل، فكيف وقد أزلنا الاحتمال.

فإن قيل: فإن خبر أنس إنما جاز له ذلك لأنه كان ابن ابن عمها(١).

قيل: الجواب عنه كالجواب الذي قبله، وأنه ينبغي أن يحمل على ظاهره في أنه ابنها يزوج بالبنوة؛ لأنه لم يذكر فيه أنه كان ابن ابن عمها، فالظاهر أن ابنها زوجها بالبنوة حتى تحصل الفائدة من غير موضع الاتفاق.

فإن قيل: فإن البنوة لمعنى [لا يزوج الأب بحال](٢) فوجب أن لا يجوز للابن أن يزوج بها، أصله الرضاع وغيره، وهو أنه إذا كانت (٩٨) له بنت من رضاع لما لم يجز لابنه أن يزوجها بحق الرضاع لم يجز أن يزوجها بحق [الرضاع](٣).

كذلك أيضا لما لم يجز للأب أن يتزوج هذه إذا طلقها وكانت زوجته بالبنوة؛ لم يكن للابن أن يزوجها بها.

قيل: هذا منتقض بالابن إذا كان حاكما فإنه يزوج أمه، وأبوه لا يزوجها.

فإن قيل: فإن أباه أيضا يزوجها بالحكم.

---

(١) قال البيهقي (٢١٣/٧): «وأنس بن مالك ابنها وعصبتها، فإنه أنس بن مالك بن النضر بن ضمضم بن زيد بن حرام من بني عدي بن النجار، وأم سليم هي ابنة ملحان بن خالد بن يزيد. والله أعلم».

(٢) هكذا في الأصل.

(٣) هكذا بالأصل.

قيل: وكذلك في مسألتنا أبوه يزوجها بأن يرد ابنه منها ذلك إليه، وإنما ينبغي أن يزوجها الأب بالمعنى الذي يعتبرونه من التعصيب، وكذلك الابن.

فأما الرضاع؛ فلا حق فيه يثبت الولاية والتعصيب للأب ولا للابن.

فأما مسألتنا؛ فقد دللنا على تعصيب الابن، وليس إذا لم يكن للأب أن يزوج لمعنى فيه؛ وجب أن لا يزوج الابن، ألا ترى أن الابن الذي هو عصبتها لو كان أبوه كافرا أو مجنونا؛ لم يكن له أن يزوجها، وإن كان ابنه يزوجها.

فإن قيل: قد يكون الأب مسلما يزوجها.

قيل: قد يكون الأب ـ وإن لم يكن عصبة ـ واليا في النكاح بأن يكون حاكما، أو يأذن له ابنه في ذلك، وجملة الأمر أننا قد دللنا على أن الابن عصبة لها كابنها الذي هو ابن ابن عمها.

فإن قيل: فإن العكس أنها تشهد لما قلناه؛ وذلك أن الولاء والنسب وغيره لما جاز للابن أن يزوج به؛ جاز للأب أن يزوج به، وذلك إذا أعتق إنسان أمته؛ جاز له تزويجها، فإن جن؛ كان لابنه أن يزوجها بذلك الولاء، وكذلك النسب.

قيل: المراعى هو أن يكون الابن عصبة في نفسه، وقد دللنا عليه، وليس يعتبر الأب؛ لأن الابن لو كان من زنا بغير أب؛ لكان عصبة في نفسه يحوز جميع مالها، والولاء الذي لها بحيث كانت العصبة موجودة، وكان ممن (٩٩) يزوج؛ فإنه ولي في النكاح.

فإن قيل: فإن النسب إلى الآباء لا إلى الأمهات، ألا ترى أن ولد العامي من العلوية والهاشمية عامي مثل أبيه، وولد العامية من العلوي علوي مثل أبيه، فإذا كان النسب إلى الآباء لا إلى الأمهات؛ فالابن لا ينسب إلى الأم؛ لأن نسبه ليس إليها، وهي أيضا لا تنسب إليه، ولا هما ينسبان إلى شخص واحد، فصار الابن كالأخ للأم لا يجوز له أن يزوجها؛ لأنه لا ينتسب إلى أخيه من أمه، ولا هي تنسب إليه، ولا هما ينسبان إلى شخص واحد؛ لأن أبويهما أجنبيان، فنقول: إن المنكوحة لا تنسب إليه، ولا ينسب إليها، ولا هما ينسبان إلى شخص واحد، فوجب أن لا يجوز له أن يزوجها، أصله الأخ [للأم][1]، ألا ترى أن الأب جاز له أن يزوجها لأنها تنسب إليه، والأخ يجوز له أن يزوجها؛ لأنهما ينسبان إلى واحد وهو الأب، ويجوز للعم أن يزوجها؛ لأنهما ينسبان إلى الجد، فصار الابن في مسألتنا، كالأخ للأم[2].

قيل: [أما][3] النسب الذي ذكرتموه وأنه لا يكون إلى الأم؛ فغلط؛ [لأنه][4] يجوز أن يكون إلى الأم، ألا ترى أنه لو كان من زنا؛ لكان نسبه إلى أمه، ولو كانت أمه ولد زنا؛ لصح أن تنسب إلى ابنها أيضا، فليس كل نسب يرجع إلى أب.

على أنه ليس المراعى في النكاح وقوع النسب، ألا ترى أن الحاكم يزوج ولا نسب بينه وبينها ولا بين ابنها، فالمعتبر الولاية، فحيث حصلت؛

---

(١) في الأصل: للإمام.

(٢) انظر تكملة المجموع (١٩/٢٠٠ ـ ٢٠١).

(٣) في الأصل: ما.

(٤) في الأصل: لأنه لا يجوز، وهو خطأ، ويدل عليه ما بعده.

جاز التزويج، وقد بينا ولاية ابنها وتعصيبه في نفسه بما ذكرنا من ميراثه[1].

ثم يشهد لما قلنا من اعتبار الولاية دون النسب أن ابنها الذي هو عصبتها تنسب معه أمه، [ولما][2] كان كافرا أو مجنونا أو صغيرا؛ لم يزوجها وإن كان نسبه معها ثابتا، وليس أنسابهما إلى شخص واحد ما يثبت معه الولاية في التزويج، (١٠٠) فالمراعى وجود الولاية سواء كانت من جهة التعصيب أو غيره.

على أننا قد بينا أن ابنها أقرب عصباتها، ولا يجدُّ له معنى يستحق به المال كله منها، والولاء من جهتها؛ إلا كونه عصبة، فلا فرق بين أن يكون أبوه مناسبا لها أو غير مناسب، فإذا ثبت هذا؛ ثبتت ولايته في إنكاحها، فأما الأخ للأم؛ فإنما لم يزوجها لأنه لا تعصيب له أصلا، ألا ترى أنه يأخذ بالفرض كما تأخذ الأم، والزوجة، والجدة، والأخت للأم، ومن أشبههم ممن لا يأخذ إلا بالفرض حسب، وليس كذلك ابنها؛ لأنه لا يأخذ بالفرض أصلا، فإنما يأخذ جميع ما يأخذ بالتعصيب التي لولاها لم يأخذ المال كله والولاء، ويأخذ الأب السدس من المال سواء [والولاء][3]، فهو أقوى من الأب، ولا فرق بينه وبين ابنها الذي هو ابن ابن عمها.

فإن قيل: فإن الولاية إنما طلبت في النكاح احتياطا لها، وطلبا للحظ لها، ولا يجوز لابنها هذا أن يزوجها بحق البنوة؛ لأنها لا تنفك من العار والامتعاض، فلو جوزنا له تزويجها بتعصيب البنوة؛ لأدى إلى إبطال معنى

---

(١) فارق الميراث؛ لأنه لا يعتبر في النظر، ولهذا يرث الصبي والمجنون، وليس فيه احتكام ولا ولاية على المورث بخلاف ما نحن فيه. الشرح الكبير لابن قدامة (٢٠/١٦٢).

(٢) في الأصل: لما.

(٣) في الأصل: الولاء.

الولاية؛ لأنه يؤخر تزويجها لما يتعلق من العار بالبنوة، وفي تأخير الإنكاح ضرر عليها، فلم يجز، ولا يدخل على هذا إذا كان ابنها عصبتها؛ لأنه اجتمع فيه تعصيبان: تعصيب البنوة، وتعصيب بني العمومة، ولا يتعلق العار بتعصيب بني العمومة، وإن كان يتعلق بتعصيب البنوة، فهو إذا زوجها وهو ابن ابن عمها؛ انفك من العار؛ لأنه يعتقد أنه يزوجها بتعصيب لا يتعلق عليه العار على الانفراد.

قيل: قد قلتم الأمر على حقيقته؛ لأن الولاية جعلت في النكاح إلى العصبة لطلب الحظ والاحتياط لها في أن لا تضع نفسها في غير كفء، فيدخل عليها وعليهم العار في ذلك، والتعصيب (١٠١) لا يمنع دفع العار عن الأولياء، وإذا كان الولي الذي ليس بابن لها لا يختار دخول العار عليه في وضع أخته أو بنت عمه فيمن لا يشبهه، فإذا انضافت إليه البنوة؛ كان أولى بأن يدفع العار عن نفسه، فابنها الذي هو ابن ابن عمها يلحقه من العار أكثر من أبيها الذي اختلفنا فيه، فينبغي أن لا يزوجها ابنها الذي هو عصبتها، ويكون أبعد في تزويجها لما ذكرناه، ثم كيف ينفك من العار وإن كان ابن ابن عمها وهي أمه إن كان غرضهم أن عار تزويج أمه يلحقه من أجل أنها تزوجت حسب، سواء كان كفؤا وغيره، فليس ينفك من هذا، سواء كان عصبتها أو غيره، وإن كان من أجل أن زوجها لا يكون كفؤا؛ فهو في ابنها الذي هو ابن ابن عمها أولى لما ذكرناه، فسقط ما ذكروه.

فإن قيل: فإنه لا يخلو ولايته عليها بالبنوة إما أن يكون استفادها بالأب أو بالأم، فيبطل أن يكون بالأب؛ لأن أباه أجنبي منها، وبطل أن يكون منها؛ لأنه لما لم يكن لها الإنكاح؛ لم يثبت له بها الإنكاح، فعلم أنه لا ولاية له

عليها بحال، قالوا: وهذا على أصلنا.

قيل: قد أخللتم بقسم آخر، وهو أنه استفاد تعصيبا من جهتها وتعصيبا من جهة أبيه؛ لأنه متولد منهما جميعا، فإذا لم يثبت لأبيه أن يزوجها لعلة من العلل؛ لم يبطل حقه هو في تزويجها، ألا ترى أن أباه الذي هو ابن عمها لو كان عبدا أو كافرا؛ لم يجز له أن يزوجها، وكان لابنها منه أن يزوجها.

على أننا قد بينا أنه قد استفاد التعصيب الذي به يأخذ المال كله إلا السدس مع وجود الأب، والولاء كله، كابنها الذي هو ابن ابن عمها، وإلا فأي شيء المعنى الذي يستحق به ذلك.

فإذا ثبت أنه يأخذ بالتعصيب؛ فله الولاية، (١٠٢) سواء استفاد التعصيب من جهتها فجعل الله تعالى ذلك له في هذه المسألة، أو من جهة أبيه الذي هو عصبتها.

وليس يُمنع أن يجعل الشرع تعصيبا في هذه المسألة يأخذ به الميراث على الوجه الذي يأخذ به ابنها الذي هو ابن ابن عمها، فتكون له الولاية عليها به كما أخذ الميراث.

[على أن ما ذكروه يبطل](١) بامرأة أعتقت أَمتها فصارت حرة، ثم جُنَّت مولاتها التي أعتقتها ولها ابن؛ فإن المولاة المعتقة لا يزوجها بحال، وإذا جُنت(٢) فابنها يزوج.

فإن قيل: فإن هذا يزوج بالولاء.

(١) في الأصل: على أن ما ذكروه يبطل على أن ما ذكر يبطل.
(٢) يعني المولاة المعتقة.

قيل: الولاء يستحق بالتعصيب، وما استفاده إلا من جهة أمه، ألا ترى أن أمه لو ماتت؛ انتقل الولاء إليه من جهتها لا من جهة غيرها حتى صار به أحق من أبيها ومن كل عصبة.

فإن قيل: فإن الولاء طُلب في النكاح لدفع العار [عن][1] النسب؛ لأنه لو لم يجعل أمرها إلى الولي؛ لوضعت نفسها في غير كفء، وكان العار يلحق بالنسب، وإنما يدفع العار عن النسب من كان مناسبا لها، وابنها ليس بمناسب لها، ولا هي مناسبة له.

قيل: قد بينا أن ولد الزنا ينسب إلى أمه، وهي تنسب إليه لو كانت من زنا أيضا.

على أن الولاية حصلت للعصبة؛ لأنهم يدفعون العار عن نفوسهم، وهذا ابنها عصبة لها بما ذكرناه، فهو أحق بدفع العار عن نفسه من أبيها، ألا ترى أنه لو لم يكن لها ولي غير ابنها الذي هو ابن ابن عمها؛ لكان له أن يزوجها، ويدفع العار عن نفسه [إن][2] لم يكن لها مناسب غيره يدفع عنه ذلك.

فإن قيل: فإن ابنها هذا أقوى تعصيبا من أبيها في باب الميراث، فأما في التزويج؛ فلا؛ لأن باب الميراث أوسع من باب التزويج، ألا ترى أن الجد يمنع بالتعصيب (١٠٣) تارة، وبالرحم تارة، فالأخ للأم يرث ولا يزوج، كذلك الابن يرث منها لوجود الرحم، ولا يزوج لعدم النسب.

(١) في الأصل: على.
(٢) في الأصل: وإن، والصواب حذف الواو حتى يستقيم مع ما قبله.

قيل: نحتاج أولا أن ننظر لأي معنى ورث، وقد علمنا أنه لا يرث بالرحم حسب؛ لأننا نعلم أن كل ذي رحم لا تعصيب فيه ولا معنى التعصيب لا يرث مع الأب كل المال إلا السدس، ولا يرث شيئا من الولاء، وهذا الابن يأخذ ما ذكرناه كما يأخذه ابنها الذي هو ابن ابن عمها، فكيف يرث بالرحم، بل هو يدلي إليها بها وإن لم يُدْل بابنه، فقد بان بهذا صحة ما ذكرناه، ورد الابن إلى الابن الذي هو ابن ابن عمها؛ أولى من رده إلى ذوي الأرحام في باب القياس، وبالله التوفيق.

ونقول أيضا: إن هذا الابن ولي لها في استيفاء القصاص، فوجب أن يكون وليا في النكاح كالأب.

وأيضا فإن الولاية متعلقة بالتعصيب أو الإرث الذي [يوجد](١) على وجه التعصيب في ذوي الأنساب؛ بدليل ما ذكرناه: أن الأب والجد لو كانا عبدين، أو كافرين؛ لم يكن لهما ولاية لزوال المعنى الذي ذكرناه، وإلا يزوجها بالتعصيب، فينبغي أن يزوجها(٢).

وأيضا فإن الابن لا يحجب عن الميراث كالأب، فينبغي أن يكون سؤالكم بهما ممن يزوج، وكابنها الذي هو عصبة.

---

(١) في الأصل: يوجب.
(٢) هكذا بالأصل.

مَسْأَلة (١٨):

ويجوز تزويج العربية، علوية[١] كانت أو عباسية[٢] أو قرشية [بمولى][٣] وغيره من المسلمين[٤]، لأن الكفء عندنا هو المسلم الديِّن، سواء اتفق الأولياء كلهم عليه ورضوا به [أو][٥] اختلفوا، فإنها إذا أذنت في تزويجها به؛ فليس لواحد من الأولياء عليهم الاعتراض في ذلك[٦].

وقال أبو حنيفة[٧] والشافعي: إنها إن رضيت هي والأولياء كلهم به؛ جاز، وإن أبوا كلهم ورضيت هي؛ لم يجز، وإن رضي الأولياء (١٠٤) وأبت هي؛ لم يجز، وإن رضيت هي والأولياء إلا واحد منهم؛ فله فسخه[٨].

وللشافعي قول إنه يكون في نفسه مفسوخا[٩].

---

(١) أي من سلالة علي بن أبي طالب رضي الله عنه.

(٢) أي من سلالة العباس بن عبد المطلب رضي الله عنه.

(٣) بالأصل وعيون المجالس: بولي، وهو تحريف.

(٤) وقال عبد الملك: معنى نكاح المولى العربية إذا كان رغبة في دينه، لقوله ﷺ: «إذا جاءكم من ترضون دينه وهديه فزوجوه»، وإذا لم يكن كذلك؛ فالنكاح مردود قبل البناء وبعده، ويعاقب الناكح والمنكح والشهود. الذخيرة (٤/٢١٤).

(٥) في الأصل: و.

(٦) انظر المدونة (٢/٢٧٤) الجامع لأحكام القرآن (٨/٦٠٩).

(٧) عند أبي يوسف، وأما عند أبي حنيفة ومحمد؛ فإنه يسقط حق الباقين. وانظر وجه القولين في بدائع الصنائع (٣/٥٧٥).

(٨) وهو الصحيح من مذهب الحنابلة. انظر المغني (٩/١٩٢).

(٩) الأم (٦/٤٩) الحاوي الكبير (٩/١٠٧ ـ ١٠٨) تكملة المجموع (١٩/٢٥٦ ـ ٢٧٤) التجريد (٩/٤٣٩٠ ـ ٤٣٩٣) بدائع الصنائع (٣/٥٧٣ ـ ٥٧٦) شرح فتح القدير (٣/٢٨٥).

ومن الناس من يقول[1]: إنها إن رضيت هي وجميع الأولياء بذلك ؛ لم يصح ؛ لأن العار يدخل على غيرهم من المناسبين ممن لم يوجد، ولعله أن يوجد في ثاني ؛ لأن الكفاءة ودفع العار عنها وعن الأحياء ليس هو حقا لهم دون من يأتي بعدهم.

والدليل لقولنا إنها إذا رضيت لم يكن للأولياء أن يمنعوا وأنه يجوز قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[2].

فأمر تعالى بإنكاحهن، ولم يخص عينا من عين، فهو عموم إلا أن يمنع منه دليل.

وأيضا قوله جل اسمه: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْ﴾[3].

فدليله أنهم إذا آمنوا جاز أن يُنكحهم ؛ لأنه تعالى إنما منع من إنكاحهم لكونهم مشركين، ولم يخص عينا من عين، فهو عموم إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا قول النبي ﷺ: «لا نكاح إلى بولي»[4].

فدليله أنه إذا عقد بولي ؛ كان نكاحا شرعيا، ولم يفرق بين الناكحين، فهو عموم في الأزواج إلا أن يقوم دليل.

وقوله ﷺ: «البغايا اللاتي يزوجن أنفسهن»[5].

---

(١) وهو قول الثوري كما في نيل الأوطار (٦/١٣٢).
(٢) سورة النور، الآية (٣٢).
(٣) سورة البقرة، الآية (٢١٩).
(٤) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).
(٥) تقدم تخريجه (٥/٣٠٧).

فدل على أنهن إذا زوجهن غيرهن؛ لم يكن بغايا، وفائدة الحديث أن التزويج يكون صحيحا إذا لم يزوجن نفوسهن.

وأيضا فإن العقد إذا وقع على ما قلناه؛ وجب الوفاء به لقوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[1]، والوفاء بحكمه هو إقراره لا إبطاله.

وأيضا قول النبي ﷺ: «إذا أتاكم من ترضون دينه وأمانته فزوجوه، إلا تفعلوا تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»[2].

---

(١) سورة المائدة، الآية (١).

(٢) أخرجه الترمذي (١٠٨٥) والبيهقي (١٣٢/٧) من حديث أبي حاتم المزني، وقال الترمذي: «حديث حسن غريب، وأبو حاتم المزني له صحبة، ولا أعرف له عن النبي ﷺ غير هذا الحديث».

وتعقبه الألباني بقوله: «ولعل تحسين الترمذي المذكور إنما هو باعتبار شواهده الآتية، وخصوصا حديث أبي هريرة، وإلا فإن هذا الإسناد لا يحتمل التحسين؛ لأن محمدا وسعيدا ابني عبيد مجهولان، والراوي عنهما ابن هرمز ضعيف كما في التقريب». الإرواء (٢٦٦/٦)

قلت: وفيه علة أخرى وهي الاختلاف في صحبة المزني، وقد أثبت صحبته البخاري وغيره كما قال البيهقي، وقال ابن التركماني: «ذكر ابن القطان أنه لم تصح صحبته، وأن من زعمها إنما رام إثباتها بهذا الخبر، وهذا الخبر يتوقف ثبوته على ثبوت صحبته، وثبوت صحبته على ثبوته، وقد ذكر أبو داود هذا الحديث في المراسيل، وهو دليل على أنه عنده غير صاحب». هامش السنن الكبرى (١٣٣/٧).

قلت: وللحديث شاهد من حديث أبي هريرة أخرجه الترمذي (١٠٨٤) وابن ماجه (١٩٦٧) وقال الترمذي: «وقد خولف عبد الحميد بن سليمان، فرواه الليث بن سعد عن ابن عجلان عن النبي ﷺ، قال محمد: وحديث الليث أشبه، ولم يعد حديث عبد الحميد محفوظا».

قلت: وفيه ابن وثيمة البصري وهو مقبول كما في التقريب (٢١٥) ولكنه يصلح شاهدا لحديث المزني، والله أعلم.

تنبيه: قوله «عريض» هو رواية الترمذي وابن ماجه ورواية عند البيهقي. وقوله «كبير» رواية عند البيهقي. وأخرجه على الشك عبد الرزاق (١٥٣/٦).

وروي: «وفساد عريض»(١).

فاعتبر ﷺ الدين والأمانة، ولم يضف إلى ذلك النسب.

وأيضا فإنه إجماع الصحابة مع فعل النبي ﷺ، وذلك أن النبي ﷺ زوج بنته رقية وأم كلثوم من عثمان(٢)، ونسبه ﷺ فوق نسبه.

وزوج (١٠٥) بنته زينب من أبي العاص(٣)، وبينهما ما لا خفاء به.

وتزوج أسامة بن زيد بفاطمة بنت قيس بعد قولها للنبي ﷺ: «قد خطبني معاوية وأبو جهم، قال لها ﷺ: أما معاوية؛ فصعلوك لا مال له، وأما أبو جهم؛ فلا يضع عصاه عن عاتقه، أنكحي أسامة بن زيد، فنكحته»(٤).

وفاطمة بنت قيس قرشية من أعالي قريش(٥)، وأسامة كان مولى النبي ﷺ.

---

(١) انظر ما قبله.

(٢) انظر الإصابة (٣٧٦/٤).

(٣) انظر الإصابة (١٥١/٨ ـ ١٥٢).

(٤) أخرجه مسلم (٣٦/١٤٨٠).

(٥) فائدة: قال ابن الهمام: «وإنما سميت أولاد النضر قريشا تشبيها لهم بدابة في البحر تدعى قرشا تأكل دوابه؛ لأنهم من أعظم دواب البر عزة وفخرا ونسبا، وعلى هذا قال اللهبي:

وقريش هي التي تسكن البحر   بها سميت قريش قريشا

وقيل: لأن النضر كان يسمى قريشا، وهو اختيار الشعبي، سمي به لأنه كان يقرّش عن خلة الناس ليسد حاجاتهم بماله، والتقريش التفتيش، قال الحرث:

أيها الناطق المقرش عنا   عند عمرو فهل لنا إبقاء

وقيل: لأنه خرج يوما على نادي قومه فقال بعضهم: انظر إلى النضر كأنه جمل قريش، وقيل: سميت بقريش بن الحرث بن مخلد، كان صاحب عِيرهم، فكانوا يقولون: قدمت عير قريش، وخرجت عير قريش، ولهذا الرجل ابن سمي بدرا، وهو الذي حفر بئر بدر وسميت به، وقيل: لتجارتهم، والقرش الكسب، وقيل: سميت به لأن فهر بن مالك قيل: إن اسمه قريش،=

وتزوج المقداد بن الأسود ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب[1].

وسالم مولى أبي حذيفة بفاطمة بنت أخت حذيفة[2].

وقد كان عمر رضي الله عنه عزم على تزويج سلمان الفارسي بنته حتى قال عمرو ابن العاص لسلمان: لقد تواضع لك أمير المؤمنين، فقال سلمان: لمثلي يُتواضع، والله لا تزوجتها[3].

= وإنما فهر لقبه، قاله ابن عباس لمعاوية حين سأله عن ذلك، وعلى هذا ينبغي أن لا يكون قرشيا إلا من كان من أبناء فهر، وقيل: هو من الجمع، والتقريش التجميع؛ لأن قصيا جمع بني النضر في الحرم من بعد تفرقهم، وقيل: لما نزل قصي الحرم فعل أفعالا جميلة، فقيل له: القرش، فهو أول من سمي به، وعلى هذا ينبغي كون القرشيين من جمعهما أب هو قصي، والظاهر الأول، ويكون من التجميع الذي هو فعل قصي، والتجمع كان من أبناء النضر». شرح فتح القدير. (٣/٢٨٦ ـ ٢٨٧).

(١) أخرجه البخاري (٥٠٨٩) ومسلم (١٢٠٧/١٠٤).
وقال ابن حجر: «وهو المقداد بن عمرو الكندي، نسب إلى الأسود بن عبد يغوث الزهري لكونه تبناه، فكان من حلفاء قريش، وتزوج ضباعة وهي هاشمية، فلولا أن الكفاءة لا تعتبر بالنسب؛ لما جاز له أن يتزوجها لأنها فوقه في النسب، وللذي يعتبر الكفاءة في النسب أن يجيب بأنها رضيت هي وأولياؤها فسقط حقهم من الكفاءة، وهو جواب صحيح إن ثبت أصل اعتبار الكفاءة في النسب». الفتح (١١/٣٨٧).

(٢) أخرجه البخاري (٥٠٨٨) من حديث عائشة أن أبا حذيفة بن عتبة بن ربيعة بن عبد شمس، وكان ممن شهد بدرا مع النبي ﷺ تبنى سالما، وأنكحه بنت أخته هند بنت الوليد بن عتبة بن ربيعة، وهو مولى لامرأة من الأنصار.. الحديث.
تنبيه: قول المؤلف هنا «مولى أبي حذيفة»؛ فيه نظر أيضا؛ والحديث صرح بأنه مولى امرأة من الأنصار، وقال الشوكاني: «ولم يكن مولاه، وإنما كان يلازمه، بل هو مولى امرأة من الأنصار». نيل الأوطار (٦/١٣٣).

(٣) ذكره إمام الحرمين في نهاية المطلب (١٢/١٥٦) والماوردي في الحاوي الكبير (٩/١٠٨) ولم أجده مسندا، وذكر القرطبي أن الذي عرض بنته على سلمان هو أبو بكر الصديق (٨/٦٠٩).=

فلولا أن ذلك جائز؛ لما فعله عمر؛ لأنه لا يدخل العار على نفسه وعشيرته، ولو لم يجز؛ لم يخل جمع من ذكرنا من ولي يعترض، أو يقال فيه: إنه غير جائز، ولو كان شيء من ذلك؛ لنقل حتى يعلم، فلما [جوزوا][(١)] ذلك مع كثرة عشائرهم وأهلهم، ولم ينكر بعضهم على بعض؛ علم أنه لا معتبر بالنسب مع منع الجواز.

وأيضا فقد روي «أن أبا هند حجم النبي عليه السلام على اليافوخ[(٢)]، فقال عليه السلام لبني بياضة: أنكحوا أبا هند وانكحوا إليه»[(٣)].

وبنو بياض من الأنصار، وأبو هند حجام، فدل أيضا على جوازه، وأن لا تعتبر الصنعة[(٤)].

فإن قيل: الأولياء والمرأة رضوا، وهذا يجوز عندنا.

قيل: فلو كان النسب معتبرا؛ لم يجز أن يحملهم النبي ﷺ على ما لا يختارونه مع دخول العار عليهم، وكان يستعلم رضاهم، فإن كرهوا سألهم، فدل على أن النكاح جائز.

فإن قيل: فقد قال: «زوجوه»، ولعلهم لم يختاروا التزويج أصلا.

= وأخرج ابن أبي شيبة (١٧٨٨٢) عن عمرو بن أبي قرة الكندي قال: «عرض أبي على سلمان أختا له فأبى، وتزوج مولاة له يقال لها بقيرة».

(١) في الأصل: جردوا.

(٢) هو الموضع الذي يتحرك من وسط الرأس، ويجمع على يآفيخ، والياء زائدة. النهاية (١٠٢٣).

(٣) أخرجه أبو داود (٢١٠٢) والدارقطني (٣٠١/٣) وصححه الحاكم (١٦٢/٢) ووافقه الذهبي، وقال ابن عبد الهادي في إسناد أبي داود: «هذا إسناد جيد». تنقيح التحقيق (٣٣٣/٤).

(٤) واعتبرها أصحاب الشافعي. انظر نهاية المطلب (١٥٦/١٢) الإشراف (٣٠٦/٣ ـ ٣٠٧).

قيل: إنما أعلمهم جواز النكاح، ألا تراه قال: «أنكحوه وانكحوا (١٠٦) إليه»[١].

وأيضا فإنه قياس على العربي بعلة أنه مسلم ديِّن.

فإن قيل: فقد روي أنه ﷺ قال: «زوجوا الأكفاء وتزوجوا إليهم»[٢].

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه رواه [الحارث بن عمران][٣] عن هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة ﵂، عن النبي ﷺ، و[الحارث][٤] هذا قد عد فيمن يضع الحديث، فلم يلزم له حجة.

والجواب الثاني: أن الكفاءة عندنا هي الدين لقوله ﷺ: «إذا أتاكم من ترضون دينه وأمانته فزوجوه»[٥].

فمن أين لكم أن الكفاءة في النسب.

فإن قيل: أراد إذا كان منهم.

(١) هو الحديث قبله.

(٢) أخرجه ابن ماجه (١٩٦٨) والبيهقي (٧/٢١٤ - ٢١٥) والحاكم (٢/١٦٣) وقال: «صحيح الإسناد، ولم ينفرد به الحارث الجعفري عن هشام عن عروة بل تابعه عكرمة بن إبراهيم عن هشام». وتعقبه الذهبي فقال: «الحارث متهم، وعكرمة ضعفوه».
قلت: وضعفه أيضا ابن الجوزي وابن عبد الهادي. انظر تنقيح التحقيق (٤/٣٣٣ - ٣٣٤).

(٣) في الأصل: الحسين بن علوان، وما أثبته هو الصواب؛ لأن الحارث هو الذي رمي بالوضع، وممن رماه بذلك ابن حبان. انظر التقريب (١٤٧).

(٤) في الأصل: الحسين، والصواب ما أثبته، كما تقدم التنبيه عليه.

(٥) تقدم تخريجه (٥/٤٦٧).

قيل: ليس هذا في الظاهر، فيحتاج إلى دليل يخصه.

وقد روي عنه ﷺ: «لا فضل لعربي على عجمي إلا بالتقوى»(١).

وقال [تعالى](٢): ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾(٣).

فهو عموم في أمر الدنيا وفي أحكام الآخرة.

فإن قيل: هو مذهب عمر؛ لأنه قال: «لقد هممت أن آمر الأولياء أن لا يضعوا إلا في الأكفاء»(٤).

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أن الأكفاء في الدين لما ذكرنا عن النبي عليه السلام.

والجواب الثاني: أنه هم ولم يفعل، وإنما قصد الاستحباب، ألا ترى أنه قد هم بتزويج سلمان ابنته(٥).

وعلى أن الكفء يُحتاج إليه ليكفي الزوجة ما تحتاج إليه، وما يلزمه لها، ومن كان فيه دين وهو يقوم بكفايتها؛ لم يبخسها شيئا من ذلك، فإن كان نسبه فوق نسبها؛ جاز وقد رضي بدون نسبه، وإن كان نسبها فوق نسبه أو مثله؛ جاز وقد رضيت بذلك، ومع الدين والصلاح لا يدخل العار على

(١) أخرجه أحمد (٤١١/٥) بإسناد صحيح، وله شاهد من حديث عقبة بن عامر أخرجه أحمد (١٤٥/٤) ومن حديث أبي ذر أخرجه أحمد أيضا (١٥٨/٥).

(٢) ساقطة من الأصل.

(٣) سورة الحجرات، الآية (١٣).

(٤) أخرجه الدارقطني (٤١٥) والبيهقي (٢١٥/٧) وفيه انقطاع. وأخرج البيهقي نحوه مرفوعا عن جابر. وهو موضوع انظر نصب الراية (١٩٦/٣) والإرواء (٢٦٤/٦ ـ ٢٦٥).

(٥) تقدم تخريجه (٤٦٩/٥).

أحد، وفي النسب وعدم [الدين][1] كل عار، وليس يكاد أن يتفق النسب والدين، وإنما يكون نادرا، وقد يكثر الدين ويعدم فاخر النسب، فلا ينبغي أن يضيق الأمر مع وجود الكفاية والدين الذي يحرس من ظلمها عن مقدار كفايتها، وحسن عشرتها.

وقد قال النبي ﷺ: «تنكح المرأة لدينها ومالها (١٠٧) وجمالها»[٢].

فأخبر عليه السلام أنها تنكح على هذا، ثم قال: «عليك بذات الدين تربت يداك»[٣].

فجعل العمدة ذات الدين، فينبغي أن تكون العمدة في الرجل مثل ذلك.

فإن قيل: فإنه معلوم أن العار يلحق العرب بمصاهرة النبط[٤].

---

(١) ساقط من الأصل.

(٢) تقدم تخريجه.

(٣) تقدم تخريجه

فائدة: يقال: ترب الرجل إذا افتقر، وأترب إذا استغنى، وفي هذا القول من رسول الله ﷺ ثلاثة تأويلات: أحدها: أن «تربت» هاهنا بمعنى استغنت، وإن كان في اللغة بمعنى افتقرت، فتصير من أسماء الأضداد؛ لأن رسول الله ﷺ لا يجوز أن يدعو على من لم يخالف له أمرا، مع أن دعاءه مقرون بالإجابة.

والثاني: أن معناه: تربت يداك إن لم تظفر بذات الدين؛ لأن من لم يظفر بذات الدين سلبت منه البركة، فافتقرت يداه.

والثالث: أنها كلمة تخف على ألسنة العرب في خواتيم الكلام، ولا يريدون بها دعاء ولا ذما، كقولهم: ما أشعره قاتله الله، وما أرماه شلت يداه. أفاده الماوردي في الحاوي الكبير (١٠١/٩).

(٤) شعب سامي، كانت له دولة في شمالي شبه الجزيرة العربية، وعاصمتهم سلْع، وتعرف اليوم بالبتراء، واستعمل أخيرا في أخلاط الناس من غير العرب. المعجم الوسيط (٨٩٨).

قيل: إذا حصل الدين؛ لم يحصل معه عار، قال الله تعالى: ﴿إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ ٱللَّهِ أَتْقَىٰكُمْ﴾[(١)].

وقال النبي ﷺ: «لا تأتوني بأنسابكم وأحسابكم وأتوني بأعمالكم»[(٢)].

ألا ترى إلى تزويج النبي ﷺ بنته بعثمان[(٣)]، والنبي ﷺ هاشمي قرشي، وعثمان من بني عبد شمس.

وقد ذكرنا حديث أمره ﷺ لفاطمة بنت قيس أن تتزوج بأسامة بن زيد[(٤)].

وقول من قال: «إنها لو رضيت وجميع الأولياء بنسب ليس بعربي؛ لم يجز؛ لأن العار يدخل على من يوجد في ثان»؛ فقد بينا أن العار ينتفي مع الدِّين، ولو كان عارا؛ لم يثبت إلا على الموجودين دون المعدومين.

فإن قيل: فإن النسب معتبر في الكفاءة، بدليل ما روي عن ابن عباس أنه قال: «قريش بعضهم لبعض كفء، والعرب بعضهم كفء لبعض، والموالي بعضهم كفء لبعض إلا الحاكة والحجامين»[(٥)].

---

(١) سورة الحجرات، الآية (١٣).

(٢) لم أجده بهذا اللفظ بعد طول البحث عنه. ويقرب من معناه حديث أبي هريرة مرفوعا «ومن بطأ به عمله لم يسرع به نسبه». أخرجه مسلم (٣٨/٢٦٩٩).
وفي معناه أيضا ما أخرجه البخاري في الأدب المفرد (٨٩٧) بلفظ: «إن أوليائي منكم المتقون، لا يأتي الناس بالأعمال، وتأتوني بالدنيا تحملونها على رقابكم، فتقولون: يا محمد يا محمد، فأقول: قد بلغت». وانظر جامع العلوم والحكم (٤٦٠ ـ ٤٦١).

(٣) تقدم تخريجه (٤٦٩/٥).

(٣) تقدم تخريجه (٤٦٩/٥).

(٤) تقدم تخريجه (٤٦٩/٥).

(٥) أخرجه البيهقي (٢١٧/٧ ـ ٢١٨) من حديث ابن عمر، وقال: «هذا منقطع بين شجاع=

فدل على أن قريشا ليس بكفء لهاشم، والعرب ليس بكفء لقريش، والموالي ليس بكفء للعرب.

قيل: عنه أجوبة:

أحدها: أنه أراد أنهم أكفاء في النسب، فلا يفتخر بعضهم على بعضهم، ولعل هذا جرى على سبب، ولم يجر فيه ذكر النكاح.

والجواب الآخر: هو أننا لا نمنع أن يكونوا أكفاء في النكاح، فيجوز نكاحهم، ولا يمنع هذا من جواز نكاح العزيز إلى المولى إذا كان هناك دين؛ لقوله ﷺ: «إذا أتاكم من ترضون دينه وأمانته فزوجوه، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير»[1]، أي إن امتنعتم لأجل نسب وغيره كان فيه ذلك.

والجواب الثالث: هو أن ابن عباس لو صرح بذلك، وأنه لا يجوز أن يزوج المولى بالعربية إذا اعترض أحد الأولياء؛ (١٠٨) لم يلزمنا قوله؛ لأنه

= وابن جريج حيث لم يسم شجاع بعض أصحابه، ورواه عثمان بن عبد الرحمن عن علي بن عروة الدمشقي، عن ابن جريج، عن نافع، عن ابن عمر، وهو ضعيف، وروي من وجه آخر عن ابن عمر وهو ضعيف بمرة».
قلت: لأن فيه عمران بن أبي الفضل وهو يروي الموضوعات كما قال ابن حبان، وفيه بقية ضعيف أيضا.
وروي أيضا من حديث معاذ فيما حكاه ابن القطان وقال: خالد بن معدان لم يسمع من معاذ، وسليمان بن أبي الجون لم أجد له ذكرا.
وروي أيضا من حديث عائشة أخرجه البيهقي (٧/٢١٨) وقال: «وهو أيضا ضعيف».
والخلاصة أن الحديث ضعيف جدا، بل قال ابن أبي حاتم: «هذا كذب لا أصل له».
وقال ابن عبد البر: «وهو حديث منكر موضوع». انظر البدر المنير (٦/٥٨٣ ـ ٥٨٦) والتلخيص الحبير (٣/١٦٤) ونصب الراية (٣/١٩٨).

(١) تقدم تخريجه (٥/٤٦٧).

يجوز أن يكون مذهبا له، وأنتم وهو في الخلاف سواء؛ لأن معنا ما هو أقوى من قوله قد ذكرناه.

فإن قيل: فإن الناس يعتقدون في العادة التفاضل في النسب، وأن الهاشمي أفضل من العامي، فإذا كان هذا في العادة موجودا؛ وجب أن يكون معتبرا في النكاح.

قيل: إن أردت أنهم يريدون الأشراف؛ فلعمري، فأما في النكاح؛ فغير معتبر؛ لأن النبي ﷺ زوج بنته من عثمان(١).

وقد ذكرنا حديث أسامة مع فاطمة(٢) وغير ذلك مما تقدم.

وقدمنا أن الدين يتبعه كل شيء، فإذا تزوج المسلم التقي بالعربية؛ فإن كان هو مولى لم يدخل العار على الأولياء؛ لأنه معلوم أنهم رغبوا فيه لدينه الذي يُجمِّل كل شيء، وأن فيه كفاية لمصالحها وما يلزمه لها، لا يخاف منه أن يبخسها شيئا منه، ولا يلحقها ضرر من جهته، والعار إنما يلحقهم بالفاسق.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿فَلَا جُنَاحَ عَلَيْكُمْ فِيمَا فَعَلْنَ فِيٓ أَنفُسِهِنَّ بِٱلْمَعْرُوفِ﴾(٣).

وليس من المعروف تزويج العربية [التي](٤) لها الفخر والنسب بزبال ولا حارس.

---

(١) تقدم (٥/٤٦٨).

(٢) تقدم تخريجه (٥/٤٦٨).

(٣) سورة البقرة، الآية (٢٣٢).

(٤) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

قيل: ولا من المعروف والعادة أن ترضى هي والأولياء كلهم بهذا، ومع هذا يجوز، وكلامنا في جوازه.

ومن المعروف أن تزوج العربية من له دين ومال وإن كان مولى يجوز؛ وقد تزوج زيد بن حارثة مولى النبي ﷺ زينب بنت جحش وهي قرشية(١)، وتزوج بلال امرأة قرشية(٢).

فَصْلٌ

على أبي حنيفة فإنه جعل مهر المثل من الكفاءة، حتى لو [نقصت](٣) من مهر مثلها؛ كان للأولياء فسخ ذلك إلى أن يتمم لها مهر مثلها(٤).

وقلنا والشافعي(٥): إن المهر حق لها دونهم، لا حق (١٠٩) للأولياء فيه ولا نظر، فإن دعت إلى كفء ورضيت بدون مهر مثلها؛ وجب على وليها أن يزوجها، ولم يجز له الامتناع منه، وإن زوجها ولي ولها أولياء غيره؛ لم

---

(١) أخرجه الترمذي (٣٢١٢) والحاكم (٤/٢٣ ـ ٢٤) والبيهقي (٧/٢٢١) وقال: «وهذا وإن كان إسناده لا تقوم به بمثله حجة؛ فمشهور أن زينب بنت جحش وهي من بني أسد بن خزيمة وأمها أميمة بنت عبد المطلب بن هاشم عمة رسول الله ﷺ كانت عند زيد ين حارثة حتى طلقها، ثم تزوج رسول الله ﷺ بها».
قلت: وانظر تفسير ابن جرير عند قوله تعالى من سورة الأحزاب ﴿وَإِذْ تَقُولُ لِلَّذِىٓ أَنْعَمَ ٱللَّهُ عَلَيْهِ وَأَنْعَمْتَ عَلَيْهِ..﴾. الآية (٢٧).

(٢) أخرجه الدارقطني (٣/٣٠٢) والبيهقي (٧/٢٢٢).

(٣) غير واضحة بالأصل، والمثبت من عيون المجالس.

(٤) انظر المبسوط (٤/٢٢٤) شرح فتح القدير (٣/٢٩١ ـ ٢٩٢) الإشراف (٣/٣٠٨) بداية المجتهد (٤/٢٣٠).

(٥) وبه قال محمد وأبو يوسف.

يكن لهم الاعتراض على العقد(١).

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾(٢).

فأمر بإنكاحهن ولم يخص مهرا من مهر، فهو عموم حتى يقوم الدليل.

وكذلك قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُوا۟﴾(٣).

فدليله أنهم إذا آمنوا أنكحناهم، ولم يخص مهرا من مهر.

وأيضا قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾(٤).

وهذا عقد قد حصل بدون مهر المثل، فيجب أن يوفى بحكمه.

فإن قيل: من الوفاء بحكمه تمام مهر المثل.

قيل: هذا غلط؛ لأن العقد [لما](٥) لم يجرد عن ذكر المهر؛ صح، فحكم العقد ما تعلق به حكم حق الله تعالى على التجريد، مثل أن لا يكون إلى أجل، أو بخيار، أو شغار، أو ما أشبه ذلك.

وأيضا قول النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»(٦).

فدليله أنه إذا عقده الولي؛ كان نكاحا، فليس لنا في الأول الاعتراض عليه.

---

(١) الإشراف (٣/٣٠٨) بداية المجتهد (٤/٢٣٠) الأم (٦/٤٠) الحاوي الكبير (٩/١٠٨ - ١١٠).

(٢) سورة النور، الآية (٣٢).

(٣) سورة البقرة، الآية (٢١٩).

(٤) سورة المائدة، الآية (١).

(٥) ساقط من الأصل.

(٦) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).

وأيضا قوله ﷺ: «من استحل بدرهمين؛ فقد استحل»[١].

وهذا عندنا على وجه التنبيه في جواز النقص من مهر المثل، وقد كان الظاهر يقتضي أن يكون مستحلا بالدرهمين حسب، ثم قامت الدلالة على أنه لا يجوز حتى يزاد عليه ما يبلغ ربع دينار، ولم تقم دلالة على أنه لا يكون بأقل من مهر المثل.

وأيضا فإن خير البشر ﷺ زوج ابنته فاطمة ـ رضوان الله عليها ـ بأربع مائة درهم[٢]، ونقصان مهر المثل عند أبي حنيفة عار يدخل على الأولياء[٣]، ولا يجوز في صفة النبي ﷺ إدخال العار على نفسه وولده وعشيرته، (١١٠) فدل على أنه لا حرج في ذلك.

فإن قيل: على هذا سؤالان:

أحدهما: أن الأب إذا رضي بذلك؛ جاز.

والآخر: هو أن ذلك لعله كان صداق مثلها فيما بينهم.

قيل: عنهما جوابان:

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٥٠٣) والبيهقي (٣٨٩/٧ ـ ٣٩٠) بلفظ: «من استحل بدرهم فقد استحل». وضعفه ابن حجر في الفتح (٥٠٥/١١) وقال في التلخيص (١٩٠/٣): «وأخرج ابن شاهين في كتاب النكاح له عن يحيى عن أبيه عن جده بلفظ: «يستحل النكاح بدرهمين فصاعدا».

(٢) أخرجه البيهقي (٣٨٣/٧) وقال: كذا في كتابي «أربعمائة درهم»، ورواه يونس بن بكير عن ابن إسحاق وقال: أربعة دراهم.

(٣) لأن الأولياء يفتخرون بغلاء المهور، ويتعيرون بنقصانه فأشبه الكفاءة. قاله في الهداية (٢٩٢/٣).

أحدهما: أن ذلك لو كان عارا؛ لم ينبغ أن يسقط برضى الأب وحده؛ لأن العار والغضاضة باق عليها وعلى باقي الأولياء.

والجواب الثاني: أنه كان ينبغي أن يكون صداق بنات رسول الله ﷺ فوق كل هذا، ومما يبالغ فيه إذ ليس [لهن][(١)] مثلٌ، فلما زوجها ﷺ بما لعله دون صداق مثل أدنى نسائهم؛ دل على أنه على وجه التكرم والتفضل، إذ الغرض من النكاح المواصلة والمكارمة وابتغاء النسل، والشراء الغرض منه المكايسة والمتاجرة والمغابنة، ثم إذا نقص من مهر مثلها؛ شاع في الناس التفضل في ذلك والتكرم، وكان فيه [ ][(٢)] بالعدة لا محالة.

وقد روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنها قالت: «كان مهر بنات رسول الله ﷺ وأزواجه اثني عشر أوقية ونش، أتدرون ما النش؟ قالوا: لا، قالت: نصف أوقية، وهي عشرون درهما»[(٣)].

وأيضا فإن كل من لا يكون له الاعتراض عليها في جنس المهر؛ لم يكن له الاعتراض عليها والنقصان عن مهر المثل؛ أصله ابن الأخ مع وجود الأخ، والجد مع وجود العم، وابن العم مع وجود العم، وجنس المهر هو أن تتزوج بقشور الرمان والزجاج المكسر، عكس ذلك الزوجة؛ لما كان لها الاعتراض في قدر المهر؛ كان لها الاعتراض في جنسه.

وأيضا فنقول: إنها رشيدة تتصرف في بذل منفعتها، فوجب أن لا يعترض

---

(١) في الأصل: لهم.

(٢) كلمة غير واضحة بالأصل.

(٣) أخرجه مسلم (٧٨/١٤٢٦).

عليها فيه (١١١)، دليله إذا أجّرت نفسها بدون أجرة مثلها.

أو نقول: هو بدل مستفاد بعقد يجوز لها إسقاطه بعد العقد، فوجب أن يكون لها نقصانه عن مهر المثل، ما لم يسقط به ما يتعلق بحق الله تعالى من دفع دينار في العقد؛ دليله إذا باعت مالها بدون ثمن المثل.

وأيضا فإن المهر لها لا للأولياء، الدلالة عليه هو: أن المهر إذا ثبت بالعقد؛ صار ملكا لها، فلها أن تسقط أو تستوفيه، ولها أن تأخذ البدل عنه بغير إذن الأولياء، فعلم أنه حق لها لا لهم، فلم يكن لهم الاعتراض عليها في نقصانه؛ لأنهم إنما يعترضون في حقوقهم لا في حق الغير.

فإن قيل: إن نقصان المهر عار يلحق العصبات، فهو كما لو وضعت نفسها في غير كفء.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه لا عار عليهم في نقصان المهر؛ لأنه مال لها، ولا عار عليهم في النقص من مالها[1]، كما لو سامحت في البيع والإجارة، بل فيه صد للعار؛ لأن الناس يحملون هذا على التكرم والتفضل، مع علمهم بأن صداق مثلها أكثر منه.

والجواب الثاني: هو أن هذا القدر من العار لا يوجب لهم الاعتراض عليها فيه؛ لأنه بمنزلة ما تأخذ مهرها قشور الرمان والزجاج المكسر، فإن هذا فيه ضرب من العار، ولا يوجب لهم الاعتراض فيه، بل [لعله][2]

(١) نحوه للشافعي في الأم (٦/ ٤٠).
(٢) في الأصل: لعلة.

[أخس][1] من نقصان مهر المثل، ثم لم يكن الاعتراض لهم في هذا وإن كان فيه من العار في العادة أكثر مما اختلفنا فيه.

فإن قيل: فإن في نقصانها من مهر المثل إضرارا بنساء العصبة؛ لأنه يعتبر مهورهن بهذا الناقص.

قيل: إننا لا نعتبر نحن مهور نساء عصبتها إذا زوجت، وإنما يعتبر مهر مثلها من نظرائها، سواء كانوا من عصبتها أو غيرهم، ثم لو اعتبرنا مهور نساء (١١٢) العصبة؛ لم يجعل هذا أصلا؛ لأنه قد علم أنه قد سومح فيه وتكرموا بالنقص منه، فهو مخصوص، وإنما هو كالسلعة إذا أتلفت قومت بقيمة مثلها لا بما اشتريت به، ولا بمثل سلعة قد سومح فيها ووقعت مخصوصة.

على أنه لو كان المعنى ما ذكروه؛ لوجب أن يكون الاعتراض لنساء العصبات؛ لأن الضرر يدخل عليهن في أنفسهن لا على العصبة، ثم إنه يفسد به إذا رضيه الأب مع وجود الجد، أو الأخ مع وجود ابن الأخ، أو واحد من أوليائها الذين هم أقرب، فإنه لا اعتراض في ذلك، والضرر داخل على نساء العصبات كما ذكروا، فسقط هذا.

فإن قيل: فإن اليسار قد اعتبر لأجل المهر.

قيل: ليس الكفاءة عندنا في اليسار، وإنما هي الدين، ثم لا يلزم من اعتبر اليسار في الكفاءة؛ لأنه لم يعتبر لأجل المهر، وإنما اعتبر لأجل النفقة التي تختلف، فإن كان معسرا؛ أنفق نفقة المعسرين، والمهر على جهة

---

(١) في الأصل: أقيم، ولا أدري وجهه، والمثبت من الحاوي الكبير (١٠٩/٩).

واحدة، وحدٍّ واحد.

وهذه المسألة مفروضة في الثيب الرشيدة التي لها أن تتصرف في مهرها، وتنقص منه، وتهبه بعد العقد.

فأما البكر؛ فإن كان لها أب ورأى أن ينقص من مهر مثلها؛ جاز[1]، وإن لم يكن لها فنقصت من مهر مثلها؛ فإن الرواية قد اختلفت عن مالك فيها، فقال: هي في الحجر، وإن كانت بالغة؛ فلا تزوج بأقل من مهر مثلها وإن رضيت.

وقد قال: يجوز.

مسألة (١٩):

إذا غاب عن البكر أبوها، وعمي خبره، وضربت فيه الآجال، ولم يعلم له مكان[2]؛ زوجها أخوها بإذنها[3].

---

(١) باتفاق المذهب إذا كان بطلاق، مثل أن يطلق الزوج قبل البناء، فعفى الأب عن النصف الذي وجب لابنته بالطلاق. وأما إذا كان بغير طلاق؛ فالمذهب على أربعة أقوال كلها قائمة من المدونة. انظرها في مناهج التحصيل (٣/٣٢٦ ـ ٣٢٩) والجواز أيضا مذهب أبي حنيفة. انظر التجريد (٩/٤٣٩٤).

(٢) قوله: وعمي خبره: أي لا يدرى خبره ولا يعلم، وقوله: ولم يعلم له مكان: هو ما يسمى بالغيبة المنقطعة.

(٣) لكن ظاهر قول مالك في المدونة مثل قول الشافعي، قال سحنون: «قلت: أرأيت الرجل يغيب عن ابنته البكر أيكون للأولياء أن يزوجوها؟ قال: قال مالك: إذا غاب غيبة منقطعة مثل هؤلاء الذين يخرجون في المغازي، فيقيمون في البلاد التي خرجوا إليها مثل الأندلس،=

وبه قال أبو حنيفة وأصحابه(١).

وقال (١١٣) الشافعي: يزوجها السلطان دون باقي أوليائها.

وكذلك يقول في الثيب إذا غاب أقرب أوليائها؛ [زوجها](٢) السلطان، فإن كان وليها الأقرب حاضرا غير أنه فاسق أو مجنون؛ زالت ولايته، وانتقلت إلى الأقرب من باقي العصبة(٣).

فنتكلم أولا في البكر.

والدليل لقولنا عموم قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُوا۟ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾(٤).

= أو إفريقية، أو طنجة، قال: فأرى أن يرفع أمرها إلى السلطان، فينظر لها، ويزوجها، ورواه علي بن زياد عن مالك». المدونة (٢/٢٧٣).
فظاهر هذا الكلام أن السلطان يزوجها، و«لمالك في كتاب محمد قول آخر: أن للأخ أن يزوجها برضاها. وهذا الخلاف يبنى على الخلاف في المفقود: هل حكمه حكم الحي، أو حكمه حكم الميت؟ فمن رأى أن حكمه حكم الميت؛ قال: النظر في ذلك إلى الأخ؛ لأنه ولي وارث، ومن رأى أن حكمه حكم الحي؛ قال: النظر في ذلك إلى الإمام؛ لأنه من باب النظر للغائب». قاله الرجراجي في المناهج (٣/٣٤٥).
وقال ابن رشد: «وأما إذا غاب الأب عن ابنته البكر؛ فإن في المذهب فيها تفصيلا واختلافا، وذلك راجع إلى بُعد المكان، وطول الغيبة أو قربه، والجهل بمكانه أو العلم به، وحاجة البنت إلى النكاح؛ إما لعدم النفقة، وإما لما يخاف عليها من عدم الصون، وإما للأمرين جميعا». بداية المجتهد (٤/٢٢٦) وانظر أيضا مناهج التحصيل (٣/٣٤٣ ـ ٣٤٥).

(١) التجريد (٩/٤٣٣٤ ـ ٤٣٣٧) الهداية مع شرح فتح القدير (٣/٢٧٧ ـ ٢٧٨) وهو مذهب أحمد كما في المغني (٩/٨٧).
(٢) في الأصل: وقد زوجها.
(٣) الأم (٦/٣٨) الأوسط (٨/٣٠٨ ـ ٣٠٩) الحاوي الكبير (٩/١١٠ ـ ١١١).
(٤) سورة النور، الآية (٣٢).

فخاطب جميع المومنين في إيقاع النكاح على الأيامى، فهو عموم في كل مؤمن إلا أن تقوم دلالة، وأخوها مؤمن وهي أيم.

فإن قيل: لا دلالة في هذه الآية على موضع الخلاف؛ لأن الظاهر خطاب لكل المؤمنين جماعتهم في كل الأيامى، والواحد مع الأيم الواحدة خلاف الجماعة، فلم يدخل تحت الظاهر.

قيل: هذا لفظ الجماعة، والمقصود منه كل واحد منهم بالإجماع، وقد علم أنه تعالى لم يرد أن المؤمنين لجماعتهم من وقت آمنوا إلى أن تقوم الساعة يعقدون على كل أيم توجد في حال واحدة كذلك، وهذا مثل قوله تعالى: ﴿وَأَقِيمُواْ ٱلصَّلَوٰةَ وَءَاتُواْ ٱلزَّكَوٰةَ﴾[1]، ﴿وَلِلَّهِ عَلَى ٱلنَّاسِ حِجُّ ٱلْبَيْتِ﴾[2]، المقصود منه كل إنسان في نفسه، وكذلك قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّواْ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ﴾[3].

فإذا تقرر هذا؛ فإن كل مؤمن مخاطب في أن يُنكح الأيم إلا أن تقوم دلالة، وهذا لا يحيله العقل، والأول يحيله العقل.

وأيضا قوله: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ﴾[4] خطاب للمؤمنين كل واحد في نفسه، فإذا آمن المشرك؛ أنكحه من خوطب بذلك، إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا فقد عقد الأخ برضائها، وقد قال تعالى: ﴿أَوْفُواْ بِٱلْعُقُودِ﴾[5]،

---

(١) سورة البقرة، الآية (٤٢).
(٢) سورة آل عمران، الآية (٩٧).
(٣) سورة البقرة، الآية (١٨٦).
(٤) سورة البقرة، الآية (٢١٩).
(٥) سورة المائدة، الآية (١).

والوفاء به إمضاؤه لا إبطاله.

وأيضا فقد قال تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾[1]، بعد أن ذكر تحريم من نص عليه ممن لم يحرم على هذا الزوج، وقد ابتغاها بماله، (١١٤) فيتناوله الظاهر.

وأيضا قول النبي ﷺ: «لا يَنكِح المحرم ولا يُنكِح»[2].

فدليله أنه يُنكح إذا لم يكن محرما، وهذا الأخ غير محرم، فله أن يُنكح أخته وغيرها إلا أن يقوم دلالة.

وأيضا نهيه ﷺ عن نكاح الشغار[3].

فدليله أنه إذا عدم الشغار؛ لم يكن منهيا عنه، ولم يخص أحدا ممن يصح منه أن يزوج.

وأيضا فقد «نهى أن ينكح المرأة على عمتها وخالتها»[4].

فدليله أنها إذا لم يكن كذلك؛ صح تزويجها من كل أحد إلا أن تقوم دلالة.

---

(١) سورة النساء، الآية (٢٤).

(٢) أخرجه مسلم (٤١/١٤٠٩).

(٣) أخرجه البخاري (٥١١٢) ومسلم (٥٧/١٤١٥)
والشغار نكاح معروف في الجاهلية، كان يقول الرجل للرجل: شاغرني، أي: زوجني أختك أو بنتك أو من تلي أمرها، حتى أزوجك أختي أو بنتي أو من ألي أمرها، ولا يكون بينهما مهر، ويكون بضع كل واحدة منهما في مقابلة بضع الأخرى. النهاية (٤٨٣).

(٤) أخرجه البخاري (٥١٠٩) ومسلم (٣٣/١٤٠٨) من حديث أبي هريرة.

وأيضا قوله ﷺ: «والبكر تستأمر»[١] ، وهذه قد استؤمرت.

وأيضا فإن الأخ عصبة يجوز أن يزوجها بإذنها مع عدم أبيها بالموت بتعذر التزويج من جهته، فكذلك مع حياته إذا تعذر التزويج من جهته، دليل ذلك إذا جُن الأب، أو فسق عندهم الأمير؛ أن الأب إذا مات؛ كان الأخ أولى من السلطان، وكذلك إذا تعذر التزويج من جهته في حياته؛ كان الأخ أولى من السلطان، كما لو جن أو فسق عندهم.

فإن قيل: فإنه إذا كان مفقودا؛ فولايته باقية، ألا ترى أنه لو زوجها في مكانه؛ لصح، وليس كذلك إذا جن أو فسق.

قيل: لا نسلم هذا على الإطلاق أن ولايته باقية حقيقة، وإنما تكون ولايته باقية حقيقة إذا علمنا موضعه، وكونه حيا؛ فلا يجوز للحاكم [أن يزوجها][٢] ، فأما مع هذه الحال؛ فلسنا نتحقق ولايته، فإذا لم نتحقق ولايته؛ كان أخوها أولى من الحاكم كما هو أولى منه مع جنون الأب وكونه فاسقا.

على أن المراعاة في تعذر العقد من جهته، فإذا تعذر ذلك؛ كان الأخ
أولى من السلطان، فإن كان السلطان عندنا أحد الأولياء لأنه لو عقد عليها
بإذنها جاز ولم يفسخه؛ **لأن كل من له ولاية لا يصل إلى العقد عليها** (١١٥)
إلا من جهتها، فإن أذنت ممن له ولاية جاز.

فإن قيل: فإن السلطان يستوفي لها سائر حقوقها، وينظر في مالها إذا فُقد أبوها، فكذلك هو أحق باستيفاء التزويج لها من أخيها.

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٥٦).

(٢) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

قيل: استيفاء حقوقها إلى السلطان، فهو يستوفي لها المهر، ويمنع أن توضع في غير كفء، وأما العقد فإلى الأخ، كما لو جن الأب، أو فسق؛ لكان النظر في حقوقها إلى السلطان، والعقد إلى أخيها، وكيف يستقيم هذا على أصولهم والوصي ينظر في حقوقها ويستوفيها، وعندهم الأخ أولى منه.

فإن قيل: هذا يلزمك؛ لأنك تجعل الولاية في التزويج إلى الوصي؛ لأن استيفاء حقوقها إليه.

قيل: هذا لا يلزمني أنا؛ لأن الأب قد أقامه مقام نفسه، فاستخلفه، فهو كما يوكله في حياته، بل هذا ينقلب عليكم؛ لأن الأب لو جن، أو فسق؛ انتقل اسيفاء حقوقها إلى السلطان، والولاية في النكاح إلى الأخ، فكذلك مع تعذر التزويج من جهته وفقده إذا لم يوكل.

فإن قيل: فإن الأب لو عقد على نفسه عقدا؛ لصح، ولو عقد عليها وهو مفقود؛ لصح.

قيل: لا ينبغي أن يحكم للمحال بحكم، على أنه لو كان على صفة غيرها كيف كان حكمه؛ لأن هذا يلزم في الفاسق والمجنون، فنقول: لو كان صحيحا غير فاسق وعقد؛ لصح، فينبغي أن يجعل ذلك إلى السلطان، فلما لم يكن الأمر كذلك وحكمنا بحكم الحال لِتعذر وقوع النكاح من جهته وأنه لم يعقد؛ فكذلك مع فقده. وبالله التوفيق.

فَصْلٌ

ويجوز للأخ تزويج أخته الثيب مع حضور أبيها إذا أذنت له في ذلك، وإن كره الأب[1].

وبه قال أبو حنيفة[2].

ومنع منه الشافعي[3].

والدليل لقولنا قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[4].

فالظاهر يقتضي أن يكون (١١٦) لكل مؤمن ولاية على كل مؤمنة، والأخ من جملة المؤمنين، فهو ولي لها إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[5]، وقوله: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْ﴾[6].

وجميع الظواهر التي ذكرناها في البكر إذا غاب أبوها.

وأيضا قوله ﷺ: «الثيب أحق بنفسها من وليها»[7].

---

(١) انظر المدونة (٢/٢٧٢) و(٢/٢٨٣).

(٢) شرح فتح القدير (٣/٢٦٨ ـ ٢٦٩).

(٣) الأوسط (٨/٣٠٧) روضة الطالبين (٧/٥٩) تحفة المحتاج (٣/٢٥١) وهو المذهب عند الحنابلة. انظر المغني (٩/١٧٩).

(٤) سورة التوبة، الآية (٧٢).

(٥) سورة النور، الآية (٣٢).

(٦) سورة البقرة، الآية (٢١٩).

(٧) تقدم تخريجه (٥/٣٥٣).

ولم يكن لهم معها أمر، فلمن أذنت منهم؛ جاز إذا كانوا عصبة لها.

وأيضا فإنما جاز للأب أن يعقد عليها بإذنها لأنه ذكر، رشيد، له تعصيب وحرية، فكذلك الأخ مع سلامة الحال.

أو نقول: هو حر، عاقل، مسلم، له تعصيب، لا يصل إلى العقد عليها إلا بإذنها، فالأب، والجد، والأخ، والعم؛ بمثابة واحدة.

وأيضا فإنما احتيج إلى الأب في البكر لأنه لا نظر لها، ولا خبرة بالرجال، فهو أنظر لها من غيره، والثيب لها من النظر والمعرفة ما تستغني به عن نظر الأولياء، فمن عقد عليها بإذنها؛ جاز.

فإن قيل: فقد قال ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[1]، والأخ ليس بولي لها مع وجود الأب.

قيل: في هذا تنازعنا، لأن الأخ عندنا ولي لها مع وجود الأب لأجل تعصيبه، وأنه لا يعقد عليها إلا بإذنها كالأب.

فإن قيل: فإن الحاكم يستوفي لها حقوقها لو امتنع الأب من تزويجها.

قيل: وكذلك يستوفي لها حقوقها لو امتنع الأخ والأب من تزويجها.

فإن قيل: لما كان الأب أولى في البكر من أخيها؛ فكذلك في الثيب؛ بعلة أنه أب بوجود شرائطه.

قيل: قد بينا الفرق بين البكر والثيب، وهو أن الأب أحق في البكر

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).

لأنه يعقد عليها جبرا، ولا يلتفت إلى إذنها وعدمه؛ لأنها لم تخبر الرجال، فهو أنظر لها من غيره، والثيب قد نظرت فهي أنظر لنفسها من أبيها وغيره، [فلمن][1] أذنت منهم جاز.

فإن قيل: فما (١١٧) تقولون في العم وابنه مع وجود الأب.

قيل: هذا كالأخ مع الأب، من عقد عليها بإذنها؛ جاز.

فإن قيل: فإن الأخ والعم والأجنبي في هذا سواء؛ لأنهم لا يصلون إلى العقد عليها إلا برضاها.

قيل: الفرق بينهما أن الأجنبي لا تعصيب بينه وبينها، ولا هو ممن تنتقل ولايتها إليه، والأخ والعم عصبة، ألا ترى أن الأب لو مات أو جن أو فسق عندكم؛ انتقلت الولاية من الأب إليه، وليس الأجنبي كذلك، فسقط ما قالوه. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَة (٢٠):

اختلف قول مالك في الدنيئة مثل: المسلمانية، والمعتقَة، والفقيرة التي لا عصبة لها، [والغريبة][2]؛ إذا جعلت أمرها إلى رجل من المسلمين، فزوجها من يختاره، فقال في رواية: إنه يجوز.

وقال في رواية أخرى: لا يجوز، ولا يزوجها إلا السلطان إن لم يكن

(١) في الأصل: فإن، وما أثبته أنسب.

(٢) هكذا بالأصل، وفي عيون المجالس (١٠٦٣/٣): العربية.

لها ولي[١].

ومذهب أبي حنيفة أنه يجوز، سواء كانت دنية، أو شريفة، إذا كانت حرة بالغة[٢].

وقال الشافعي: لا يجوز أن يزوجها إلا ولي أو السلطان[٣].

وهو مذهب مالك في الرواية الأخرى.

والدليل على جوازه قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[٤].

فهو عموم في كل مؤمن، عصبة كان، أو سلطانا، أو غير عصبة، إلا أن تقوم دلالة.

وقد قال ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[٥].

فدليله أنه إذا عقد بولي؛ كان نكاحا، وهذا المؤمن ولي[٦] بقوله:

---

(١) انظر المدونة (٢/٢٨١) النوادر والزيادات (٤/٤٠٤ ـ ٤٠٥) الاستذكار (١٤/٨٦).

(٢) شرح فتح القدير (٣/٢٧٦ ـ ٢٧٧).

(٣) روضة الطالبين (٧/٥٨) تكملة المجموع (١٩/١٩٥).

(٤) سورة التوبة، الآية (٧٢).

(٥) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).

(٦) هذا بناء على تقسيم المالكية الولاية إلى نوعين: خاصة وعامة، فالخاصة ولاية القرابة، والعامة ولاية الإسلام لقوله تعالى ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾، ولا خلاف عندنا أنها ولاية تطالب بها المرأة عند عدم ولاية النسب، فيصح النكاح لوجودها، ويفسد لعدمها إذا باشرت العقد بنفسها، ولم تستخلف رجلا، واختلف إذا تزوجت المرأة بولاية الإسلام مع وجود الولاية الخاصة على ستة أقوال. انظر مناهج التحصيل (٣/٣٤٠)=

﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾(١).

فإن قيل: قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾ فيما ذكر في الآية من الأمر بالمعروف، والنهي عن المنكر، وغير ذلك، دون النكاح.

قيل: جعل تعالى الولاية عامة في كل شيء، ثم ذكر بعض [مهامهم](٢) فقال: ﴿يَأْمُرُونَ بِٱلْمَعْرُوفِ وَيَنْهَوْنَ عَنِ ٱلْمُنكَرِ﴾(٣)، (١١٩) لا يمنع أن يكون أولى لأنه عام لم يخص أحدها(٤).

وأيضا فإن المسلم إذا عقد عليها بإذنها؛ وجب الوفاء به لقوله ﴿أَوْفُوا۟ بِٱلْعُقُودِ﴾(٥).

فإن قيل: لم يحصل هاهنا عقد حتى يلزم الوفاء به.

قيل: العقد من جهة اللغة قد وجد، والأحكام تُعلق على الأسماء اللغوية إلا أن تقوم دلالة، فيجب الوفاء بالعقد الموجود؛ لأن الاسم اللغوي يتناوله.

وأيضا قوله ﷺ: «وإنما لامرئ ما نوى»(٦).

= والمقدمات (٢/٢٩٢).

(١) سورة التوبة، الآية (٧٢).

(٢) في الأصل: مقامهم.

(٣) سورة التوبة، الآية (٧٢).

(٤) هكذا بالأصل.

(٥) سورة المائدة، الآية (١).

(٦) تقدم تخريجه (٢/٨).

وهذا العاقد والمعقود عليها قد نويا أن يكون نكاحا، فلهما ما نوياه إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا ما رواه المسيب بن [شريك][1] عن محمد بن عمرو بن أبي سلمة، عن أبي هريرة قال: قال رسول الله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي، فقيل: يا رسول الله، من الولي؟ فقال: هو رجل من المسلمين»[2].

فهو عام في كل نكاح، وفي كل رجل من المسلمين، عصبة أو غيره، إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا فقد روى أبو بكر محمد بن شاذان الجوهري قال: حدثنا معلى بن منصور الرازي قال: حدثنا ابن لهيعة، عن عبيد الله بن أبي جعفر، عن نافع، عن ابن عمر قال: «إذا كان ولي المرأة مضارا، فولت رجلا فأنكحها؛ فنكاحه جائز»[3].

وغرضنا من هذا أن نثبت للأجنبي ولاية في النكاح ومدخلا، فإذا ثبت ذلك؛ دخل تحت قوله عليه السلام: «لا نكاح إلا بولي»[4].

فإن قيل: فقد قال عليه السلام: «أيما امرأة نكحت بغير إذن وليها؛ فنكاحها باطل»[5].

---

(١) في الأصل: شريد، والتصحيح من التخريج.

(٢) أخرجه من هذه الطريق ابن عساكر في تاريخ دمشق (٢/٢٣٣/١٢) والمسيب بن شريك متروك، قاله مسلم وجماعة. انظر الإرواء (٢٤٢/٦ ـ ٢٤٣).

(٣) أخرجه الدارقطني (٢٢٤/٣) موقوفا على ابن عمر.

(٤) تقدم تخريجه (٣٠٥/٥).

(٥) تقدم تخريجه (٣٠٨/٥).

فأضاف الولي إليها، وإذا أضيف الولي إليها؛ لم يتناول بحق الإطلاق إلا وليّها الذي هو عصبتها، [و][1]الأجنبي لا ينطلق عليه اسم وليها بالإضافة.

قيل: المقصود من هذا أن لا تعقد على نفسها، ووليها إنما سمي بذلك لأنه يتولى العقد عليها، وكل من تولى العقد (١١٩) عليها؛ فقد [حصل][2] وليا لها، ألا ترى أنه يحسن بعد أن عقد الأجنبي عليها أن يقال: هذا كان وليها في هذا العقد، أي هذا تولاه، ومن انطلق عليه الاسم بعد العقد؛ انطلق عليه قبل العقد، ألا ترى أنه يحسن أن يقال قبل العقد: من وليُّها في هذا العقد؟ فيقال: فلان، أي يتولاه لها وهو أجنبي.

وجواب آخر: وهو أنه ﷺ [قال][3] في آخر الخبر: «فإن اشتجروا فالسلطان ولي من لا ولي له»[4].

فعلمنا بهذا أنه ورد في امرأة لها أولياء جماعة وقد اشتجروا، وفي مسألتنا ليس كذلك، فلم يدخل تحت الخبر.

فإن قيل: فقد قال: «فالسلطان ولي من لا ولي له»[5].

وهذه لا ولي لها، فالسلطان وليها.

قيل: عنه جوابان:

---

(١) ساقطة من الأصل.

(٢) هكذا بالأصل، ولعل الصواب: صار.

(٣) ساقط من الأصل.

(٤) تقدم تخريجه (٥/٣٠٨).

(٥) تقدم تخريجه (٥/٣٠٨).

أحدهما: أن هذا الرجل الذي يعقد عليها هو ولي بقوله تعالى: ﴿وَٱلْمُؤْمِنُونَ وَٱلْمُؤْمِنَٰتُ بَعْضُهُمْ أَوْلِيَآءُ بَعْضٍ﴾[1]، وبقوله ﷺ: «إن الولي رجل من المسلمين»[2] في الخبر الذي ذكرناه، فإذا كان لها ولي؛ لم يلزم قوله «فالسلطان ولي من لا ولي له»، لأن هذه لها ولي.

فإن قيل: فإنه لا فائدة في الخبر إذن؛ لأن كل المسلمين أولياء، فهي لا تنفك من ولاية حتى يكون السلطان وليها عند عدمه.

قيل: بلى، يمكن أن يمتنع عليها كل أحد من تزويجها، ولا يحصل لها من يتولى العقد عليها، فإن السلطان الذي لا يجوز له الامتناع هو وليها.

والجواب الآخر: هو أن السلطان يكون وليها، ولكنه قد يتعذر عليها الوصول إليه لدناءة حالها، مع حصول كفء تخاف أن يخرج عن يدها إلى أن يتسبب إلى السلطان ويتوصل إليه، فهي ضرورة.

ومن أصحابنا من قال: إنما يجوز ذلك لها في بلد لا سلطان فيه، فيلحقها الضرر مع حصول الكفء إلى أن يخرج إلى السلطان، ولعل الكفء (١٢٠) الذي رغب فيها لا ينشط للخروج معها، فاستحسنا جواز ذلك لها.

وأيضا فإن الولي العصبة اختيج إليه لأن العار يدخل عليه إن وضعت نفسها في غير كفء، وهذه ليس لها من يدخل العار عليه، وقد رضيت بالزوج.

فإن قيل: فإن المولى المعتِق يخاف ذلك.

(١) سورة التوبة، الآية (٧٢).

(٢) تقدم تخريجه (٥/٤٩٤).

قيل: إن العار لا يدخل على المعتِق في وضعها نفسها في غير كفء، كما لا تضره لو باعها من غير كفء، ألا ترى أن السلطان لا تضره لو رضيت بغير كفء، ولا له أن يمنع من تزويجها إذا رضيت، فلا حاجة إلى السلطان إذن في هذه المسألة.

فإن قيل: فلا حاجة إلى السلطان في غير هذه على هذا التقدير، فلَمّا قلتم: إن من عضلها أولياؤها، وتمكنت من السلطان؛ أنه يزوجها؛ بطل هذا.

قيل: إذا كان لها أولياء عصبة وعضلوا، أو اشتجروا؛ فإن السلطان يطلب لها كفؤا، ولا يتركها واختيارها؛ لأنه إذا وضعها في غير كفء؛ اعترض الأولياء عليها لدخول العار عليهم، وليس في مسألتنا من هذا شيء.

وأيضا فلو منعنا هذه من أن يزوجها غير سلطان ـ مع فقد الأولياء وتعذر وصولها إلى السلطان مع حاجتها إلى التزويج ـ؛ جاز أن تعدل إلى المحظور والدياثة فتدخل فيه؛ لأنها تكون قد هويت الراغب فيها وهويها، فيحملها تعذر التزويج على الدخول في المحظور، فاستحسنا لها أن ترد أمرها إلى من يزوجها.

مَسْألة (٢١):

إذا عقد الوليان النكاح على وليتهما، فلم ينكشف السابق منهما حتى دخل الثاني؛ [فالداخل][١] منهما أولى بالنكاح عندنا[٢].

(١) في الأصل: والداخل، والتصحيح من عيون المجالس (١٠٦٥/٣).
(٢) انظر الإشراف (٣٠٨/٣ ـ ٣١٠) النوادر والزيادات (٤٣٧/٤ ـ ٤٣٨) المقدمات (٢٩٣/٢=

ويه قال عطاء[(١)].

وقال أبو حنيفة، والشافعي، وأحمد، وإسحاق: الأول أولى على كل حال[(٢)].

وهو (١٢١) قول شريح، والحسن، وسفيان الثوري[(٣)].

وقولنا هو قول عمر، ومعاوية[(٤)].

وحكي عن علي رضي الله عنه مثل قول المخالف[(٥)].

والدليل لقولنا هو أن الجميع قد جوزوا للثاني في حالِ ما عقد أن يعقد، فمن أبطل عقده بعد ذلك؛ فعليه الدليل.

وأيضا فقد قال تعالى ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[(٦)]، وقال: ﴿وَلَا تُبۡطِلُوٓاْ أَعۡمَٰلَكُمۡ﴾[(٧)].

= ـ ٢٩٤) بداية المجتهد (٤/٢٢٦ ـ ٢٢٧).

(١) انظر مصنف عبد الرزاق (٦/٢٣٢).

(٢) وهو قول ابن عبد الحكم، وجمهور العلماء على أن النكاح مفسوخ من غير اعتبار بالدخول كما قال ابن عبد الحكم، وما قاله مالك ـ رحمه الله ـ استحسان لا يحمله قياس. قاله الرجراجي في المناهج (٣/٣٥٠) وانظر أيضا الأم (٦/٤٣ ـ ٤٤) الأوسط (٨/٢٩٦ ـ ٣٠٠) المغني (٩/٢٣٤ ـ ٢٣٥).

(٣) انظر مصنف عبد الرزاق (٦/٢٣٢) الأوسط (٨/٢٩٦ ـ ٣٠٠).

(٤) سيأتي تخريجهما قريبا.

(٥) أخرجه عنه البهقي (٧/٢٢٨) وفيه انقطاع؛ لأن خلاسا لم يسمع من علي.
وأخرجه عنه أيضا ابن أبي شيبة (١٦٢٢٨) وفيه انقطاع أيضا؛ لأن النخعي لم يدرك عليا كما ذكر ذلك أبو زرعة في المراسيل (ص٨).

(٦) سورة المائدة، الآية (١).

(٧) سورة محمد، الآية (٣٤).

فإذا كان العقد قد وُجد ؛ وجب الوفاء به ولم يبطل ؛ لأنه عمل قد حصل.

فإن قيل: فإن العقد جوز على شرط أن لا يكون قد تقدمه عقد.

قيل: كل واحد من العقدين وقع على تجويز أن يكون قد تقدمه عقد الآخر ، على أن العموم في قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[1] لم يفرق بين عقد تقدمه آخر أم لا.

فإن قيل: فقوله ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[2] يتوجه إلى الأول كما يتوجه إلى الثاني ، فيجب أن يوفى بالأول ؛ لأنه السابق.

قيل: إذا لم يمكن الوفاء بهما جميعا ؛ كان الثاني أولى ؛ لأن الآية تناولته بعد الأول.

فإن قيل: فإنك ونحن نبطل الثاني إذا انكشف الأول قبل الدخول.

قيل: قامت الدلالة [على ما ذهبنا إليه][3] ؛ لأن قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[4] يقتضي استدامة الوفاء إلا أن يقوم دليل.

وأيضا فإن عمر رضي الله عنه «قضى بذلك في الوليين ينكحان المرأة ، ولم يعلم أحدهما بصاحبه أنها للذي دخل بها ، فإن لم يدخل بها أحدهما ؛ فهي للأول»[5].

---

(١) سورة المائدة ، الآية (١).

(٢) سورة المائدة ، الآية (١).

(٣) ليست في لا أصل ، والسياق يقتضيها.

(٤) سورة المائدة ، الآية (١).

(٥) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٣١٤/٦) وذكره القاضي عبد الوهاب في الإشراف (٢٠٩/٣) وغيره.

وهذا إمام حكم بذلك بحضرة الصحابة رضوان الله عليهم، وكذا كان يحكم بحضرة جماعتهم، ووافقه معاوية رضي الله عنه على ذلك.

وقال ابن جريج: روي عن ابن أبي مليكة «أن موسى بن طلحة أنكح يزيد ابن معاوية أم إسحاق بنت طلحة، وأنكحها يعقوب بن طلحة من الحسن بن علي بن أبي طالب رضوان الله عليه، فلم يمكث إلا ليلتين حتى [جامعها][1] الحسن، وكان موسى بن طلحة أنكحها (١٢٢) من يزيد قبل أن ينكحها يعقوب من الحسن، فقال معاوية: امرأة جامعها زوجها، فدعوها»[2].

ولم يظهر خلاف.

فإن قيل: فقد خالفهما علي رضي الله عنه[3].

قيل: لم يظهر ولم ينتشر، وعلى أنه لم يثبت أن عليا رضي الله عنه قضى بذلك[4]، ولعل هذا مذهبه، فينبغي أن يرجح حكم عمر بذلك بحضرة الصحابة وفيهم علي رضي الله عنه.

وأيضا فإن المرأة لا تصل إلى العقد على نفسها، فهي مضطرة إلى من يعقد عليها، ولها أن تأذن لكل واحد من أوليائها في العقد عليها، ولا يجب اجتماعهم في حال واحدة، خاصة إذا كانوا في مواضع مختلفة، ولا يمكن لأحد الأولياء أن يبطل حق صاحبه في الولاية لاستوائهم فيها، وإذنها لهم في النكاح.

---

(١) في الأصل: جمعها، والتصحيح من مصنف عبد الرزاق، هنا وفي الذي بعده.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في المصنف (٦/٢٣٣).

(٣) تقدم تخريجه (٥/٤٨٨).

(٤) تقدم بيان ذلك.

فإذا ثبت ذلك وجاز لكل واحد منهم أن يعقد؛ فهو يعقد مع جوازه أن يكون قد تقدمه عقد الآخر، فينبغي أن يكون كل واحد من العقدين مراعى لا مزية لأحدهما على صاحبه، فإذا حصلا مراعيَيْن؛ وجب أن يَقوى سبب أحدهما، فإن انكشف السابق منهما قبل دخول الثاني؛ قوي سببه بالسبق، وتقرر حكمه، وإن لم ينكشف إلا بعد دخول الثاني؛ فقد انكشف بعد قوة سبب الثاني بالدخول الذي إذا انضم إلى العقد كان أقوى من العقد المتجرد؛ لأن الدخول يثبت به جميع المهر المسمى، والحضانة، والنسب، و[تحليلها](١) للأول إذا كانت مطلقة ثلاثا، فتقرر حكمه لقوته على صاحبه.

وأيضا فإننا نقول: أتسلمون لنا أن الثاني دخل في نكاح شرعي؟ فإن سلموا؛ فالأمر على ما قلناه من حصول نكاح قد قوي سببه، وإن لم يسلموا؛ دللنا عليه من وجهين:

أحدهما: أن النبي ﷺ قال: «إذا أنكح الوليان فالأول [أولى]»(٢).

(١) في الأصل: تحليها.

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والحديث أخرجه أبو داود (٢٠٨٨) الترمذي (١١١٠) والنسائي (٤٦٩٦) وأحمد (٥/٨) عن سمرة بن جندب، وقال الترمذي: «حديث حسن». لكن صحته متوقفة على ثبوت سماع الحسن من سمرة كما قال الحافظ في التلخيص (١٦٥/٣) وتعقبه الألباني بقوله: «بل صحته متوقفة على تصريح الحسن بالتحديث فإنه كان يدلس كما ذكره الحافظ نفسه في التقريب، فلا يكفي والحالة هذه ثبوت سماعه من سمرة في الجملة، بل لابد من ثبوت خصوص سماعه في هذا الحديث كما هو ظاهر». الإرواء (٢٥٤/٦ ـ ٢٥٥)

وقد روي الحديث عن عقبة بن عامر أخرجه البيهقي (٢٢٧/٧ ـ ٢٢٨) وقال: «هذا الاختلاف وقع من ابن أبي عروبة في إسناد هذا الحديث، وقد تابعه عن قتادة في قوله عن عقبة بن عامر، والصحيح رواية من رواه عن سمرة بن جندب». اهـ =

فسماهما نكاحين صاحب (١٢٣) الشريعة، لا [ ][١] الأسماء، لأنهم يعرفونها وهي لغتهم، وإنما سماهما نكاحين شرعيين ينطلق الاسم على كل واحد منهما كانطلاقه على الآخر، ثم يتفرد حكم أحدهما.

والوجه الآخر: أن قوله ﷺ: «فالأول أولى»[٢] يدل على أن الثاني نكاح، غير أن الأول أولى منه، و«أولى» كقولك «أحق» و«أفضل»، لا بد أن يكون في أحدهما معنى الآخر وإن كان يرجَّح عليه، كقولك: هذا أعلم من هذا، ففيهما جميعا علم، وأحدهما أرجح من صاحبه، وكيف لا يكون شرعيا والأُمة قد جوزت إيقاعه في حالِ ما عقد.

فإن قيل: فإنه عقد في الظاهر، وعقد الأول في الباطن، والظاهر عقد صحيح؛ بدليل أنه لو انكشف قبل عقد الثاني وقبل دخوله؛ فإن انكشف تقرر حكمه، وإن لم ينكشف حتى عقد الثاني، ودخل؛ تقرر حكمه، وبطل حكم الأول، وليس هذا مما تحيله [العقول][٣]، ولو وردت الشريعة بجواز زوجين للمرأة؛ لم يحله العقل، فكيف بعقد مراعى واقف على أمر يكون في ثاني، **وليس ينبغي أن يحكم لما لم يكن أن لو كان كيف يكون حكمه.**

فقولكم: «لو انكشف عقد الأول؛ لم يجز عقد الثاني»؛ فإنه في مسألتنا لم ينكشف إلا بعد دخول الثاني، ولو انكشف قبل ذلك؛ لكان الحكم فيه كما ذكرتم، غير أنه لم ينكشف، فلا يحمل حكم ما لم ينكشف عليه لو انكشف.

= قلت: وقد علمت ما فيه. والله أعلم.

(١) كلمة لم أتبينيها.

(٢) هو الحديث قبله.

(٣) في الأصل: القول.

فإن قيل: لو كان عقدا صحيحا؛ لكان قبل الدخول ثابتا.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: إننا نقول لكم مثله: لو كان عقد الأول صحيحا [والثاني](1) غير مراعى؛ لم يجز للثاني أن يعقد.

والجواب الآخر: هو أننا نقول: عقد الثاني مراعى كعقد الأول إلى أن ينكشف، فإن انكشف السابق قبل دخول الثاني؛ تقرر حكمه، وإن لم ينكشف حتى دخل الثاني؛ تقرر حكم الثاني، وبطل حكم الأول. (١٢٤)

فإن قيل: قوله ﷺ: «إذا نكح الوليان فالأول أولى»(2)؛ لم يفرق بين دخول الثاني وغير دخوله.

قيل: هو عام كما ذكرتم، خصصناه بما ذكرناه، فصار تقديره: «فالأول أولى [ما](3) لم يدخل الثاني».

فإن قيل: فإنه ﷺ والأُمة بعده خَصُّوا إحدى حالتيه لأجل تقدم الأول بالعقد وهو موجود بعد دخول الثاني.

قيل: إنما خص لأجل تقدمه مع عدم وجود الثاني بما ذكرناه من الدليل.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَاتُكُمْ﴾(4) إلى قوله

---

(١) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٢) تقدم تخريجه (٥/ ٥٠١).

(٣) في الأصل: مما.

(٤) سورة النساء، الآية (٢٣).

﴿وَٱلْمُحْصَنَٰتُ مِنَ ٱلنِّسَآءِ﴾[١].

فحرم تعالى ذوات الأزواج، وهذه لها زوج هي زوجة له، فوجب إذا زوجها الأول؛ أن تكون محرمة على الزوج الثاني.

قيل: إن التحريم لا يتوجه في الابتداء إلا إلى من يعلم ويقدر على الانصراف من التحريم، والثاني في حال عقده لم يحرم العقد عليه؛ بدليل أن الأمة جوزت له أن يعقد وأن يطأ، فإذا وطئ؛ لم يتقرر للأول حكم، فلا هو زوج، ولا هي زوجة له.

وليس لقائل أن يقول: إن الأول زوج؛ إلا ولآخر أن يقول: إن الثاني زوج؛ لتساويهما في جواز العقد على ما ذكرناه، بل لو تقرر حكم الأول؛ قلنا للثاني: قد حرمت هذه؛ لأنها زوجة لغيرك، وإنما يكون هذا إذا انكشف قبل دخول الثاني.

فإن قيل: فإن الخبر روي من طريقين: **أحدهما**: رواه قتادة، عن الحسن، عن عقبة بن عامر، أن النبي ﷺ قال: «إذا نكح الوليان فالأول أحق»[٢].

والطريق الآخر: رواه قتادة، عن الحسن، عن سمرة، أن النبي ﷺ قال: «فهي للأول منهما»[٣].

وهذا ذكره أبو داود، فهو نص.

(١) سورة النساء، الآية (٢٤).

(٢) تقدم تخريجه (٥/٥٠١).

(٣) تقدم تخريجه (٥/٥٠١).

قيل: قد بينا أنه عموم، سواء دخل الثاني أم لا، فجعلناه على أنها للأول ما لم يدخل الثاني [بما][1] ذكرناه عن عمر في قضيته بحضرة الصحابة، وما ذكرناه (١٢٥) من الدلالة.

فإن قيل: فإنه نكاح لو عري عن الوطء؛ لصح، فوجب إذا ضامه الوطء أن لا يصح؛ أصله النكاح في العدة والإحرام، والأصول على هذا؛ كل نكاح أو عقد كان صحيحا؛ [لم يبطل][2] بتعريه عن الوطء، وكل ما كان فاسدا؛ لم يصح بوجود الوطء.

قيل: الفرق بين عدم الوطء ووجوده في النكاح له تأثير في الأصول أيضا، وذلك أن النكاح لو تجرد عن الوطء لم تحل به للزوج الأول، ولم يقع به الحصانة، ولم يكمل به المهر المسمى، ثم إذا كان الدخول حصلت به هذه الأشياء ولم يجز أن يقال: هو نكاح لو عري عن الوطء لم تحل به للأول ولم تحصل به الحصانة، ولم يكمل به المهر، وكذلك إذا ضامه الوطء؛ فكذلك نقول نحن: هو نكاح قد ضامه الوطء، ولم يحكم في الأصل بفساده، بل كان مراعى، فوجب أن يكون الثاني كما قلنا في النكاح الذي ضامه الوطء أنه يحلها للأول، ويحصنها، ويكمل به المهر، ولو انكشف قبل الدخول؛ لم يكن كذلك، فأما النكاح في العدة والإحرام ـ سواء ضامه الوطء أو عري عنه ـ؛ فإنه لا يحلها، ولا يحصنها؛ لأنه فاسد بلا اختلاف.

فإن قيل: فهل تقولون: إن هذا النكاح إذا تقرر بعد الدخول يحلها لزوج قبله ويحصنها.

---

(١) في الأصل: ما.

(٢) ساقط من الأصل، والمثبت من جواب الاعتراض.

قيل: كذلك نقول: إذا حكمنا بصحته وتقرر حكمه؛ فإنه كذلك.

وقولهم: إن الأصول كلها على هذا: **أن كل نكاح أو عقد كان صحيحا لم يبطل بتعريه عن الوطء، وكل ما كان فاسدا لم يصح بوجود الوطء.**

فإننا نقول: الأمر على ما قلتموه في كل نكاح صحيح أو فاسد، **فأما عقد** مراعى؛ فقد [أخللتم][1] بذكره، فلا يمتنع أن يكون عقد من العقود مراعى يطلب له حكم الدخول، فإذا حصل الدخول؛ حصلت له أحكام، بخلاف تعريه عن الدخول، منها ما ذكرناه من المطلقة (١٢٦) ثلاثا إذا تزوجت آخر فإن العقد مراعى، فإن بانت منه قبل الدخول؛ لم تحل للأول، وإن حصل الدخول ثم بانت؛ حلت للأول، وكذلك العقد يراعى في باب الحصانة، فإن بانت قبل الدخول؛ لم تحصل الحصانة، وإن حصل الدخول؛ حصلت الحصانة، فكذلك هذا العقد مراعى فإن انكشف الأول قبل دخول الثاني؛ بطل حكم الثاني، وإن لم ينكشف حتى دخل الثاني؛ تقرر حكمه، وبطل حكم الأول، فيكون للوطء تأثير بخلاف عدمه.

فإن قيل: فإنه نكاح بعد نكاح لو لم يوجد الوطء في الثاني؛ لم يصح، فوجب أن لا يصح وإن وجد فيه الوطء، أصله إذا كان [له][2] ثلاث نسوة، فوكل وكيلين [في حياته][3]، فزوجه أحدهما بامرأة، ثم زوجه الثاني بأخرى؛ فإن تزويج الثاني باطل، وإن دخل بها ثم انكشف أن الوكيل الآخر تقدمه بامرأة؛ لأنه لو لم يدخل بها كان باطلا بوجود الرابعة قبلها.

---

(١) في الأصل: أحللتم.

(٢) ليست في الأصل، ولا يستقيم الكلام بدونها.

(٣) في الأصل: في أن في حياته.

قيل: ليست هذه المسألة منصوصة، ولا لمالك فيها قول، غير أن الفرق بين المسألتين واضح، وذلك أن الرجل ليس بمضطر إلى التوكيل في تزويجه؛ لأنه يصل إلى العقد بنفسه، والمرأة مضطرة إلى من يعقد عليها، فلما أذنت لهما جميعا في تزويجها؛ حصل العقد مراعى على ما بيناه، بمنزلة السلعة يدعيها رجلان يقيم كل واحد البينة أنها له، غير أنها في يد أحدهما، فهو أولى بها لقوة سببه.

والمختار في مسألة الموكل للوكيلين [أنه](1) بمنزلة سلعتين يدعيهما رجل واحد، فإن صح أن يجتمعا له؛ جاز، وإن لم يصح؛ بطل ما لم يصح، وبطل ما صح منها(2)، كما لو زوجه أحدهما ـ وهو الأول ـ بأخته من الرضاع، أو من هي في عدة؛ فإن الثاني هو الصحيح، ويبطل الأول، وكذلك إن كان الأول هو الصحيح والثاني هو الباطل؛ صح الأول، وبطل الثاني، فلما تم (١٢٧) عقده بالأول على رابعة؛ بطل عقد الثاني، وفي مسألتنا ليس من هذا شيء، فبان الفرق.

فإن قيل: فإن [الأولى](3) في عصمة زوج، فوجب إذا زُوِّجت أن لا يصح نكاحها، أصله إذا لم يدخل بها الثاني.

قيل: لا نسلم أنها في عصمة زوج حين دخل الثاني؛ لأن الأمر مراعى [قبل](4) أن ينكشف، فليست في عصمة أحدهما حتى ينكشف الأمر، فإن

(1) ليست في الأصل، ويقتضيها السياق.
(2) هكذا بالأصل، ولعل الصواب: بطل ما لم يصح ولم يبطل ما صح منها.
(3) في الأصل: الأول.
(4) في الأصل: قيل.

انكشف السابق قبل دخول الثاني ؛ كانت في عصمته ، وإن لم تنكشف حتى دخل الثاني ؛ كانت في عصمته.

فإن قيل: هي في عصمة الأول في علم الله تعالى.

قيل: ليس يمتنع أن يكون الحكم عند الله تعالى في هذه المسألة مراعاة العقد ، فإن انكشف لنا السابق قبل دخول الثاني ؛ تقرر العقد له ، وإن لم ينكشف حتى دخل الثاني ؛ تقرر العقد له ، والعقول لا تمتنع من هذا.

فإن قيل: فإننا وجدنا الوطء في النكاح كالقبض والتسليم في البيع ؛ لأنه يستقر البدل بكل واحد منهما ؛ المهر في النكاح ، والثمن [في][1] التسليم ، ثم لو وكل وكيلين في بيع عبده فباعه أحدهما من رجل ، ثم باعه الآخر من آخر وسلمه له ؛ كان البيع الثاني باطلا بإطلاق الأول صحيحا ، وإن كان قد وُجد التسليم في الثاني الذي هو كالدخول ، كذلك أيضا إن دخل بها الثاني ؛ لم يصح ، وإن وُجد فيه ما يستقر به البدل.

على أنه لو كان الدخول كالبدل ؛ لوجب إذا دخل بها أن يكون لها كما كانت الدار في يديها.

قيل: أما السلعة إذا باعها الوكيلان وقبضها الثاني ؛ فهي له ، فلا فرق بين المسألتين عندنا.

على أنه لا يلزم على ما قدمناه ؛ لأن رب السلعة لا ضرورة به إلى التوكيل ؛ لأنه يصل إلى عقد البيع بنفسه ، وليست المسألة كذلك ، فأما إذا [عقدا][2] جميعا

(١) في الأصل: و.

(٢) في الأصل ، ودخلا ، وهو خطأ.

بالمرأة ؛ فإن الأول بدخوله (١٢٨) وسبقه أولى ؛ لأن عقده تقرر بدخوله قبل دخول الثاني ، فإن دخل بها الأول بعد دخول الثاني ؛ فإنه وطء بعد تقرر عقد الثاني بدخوله ، والمرأة لا يصح أن تكون بين زوجين ، فلا بد أن يتقرر الحكم لأحدهما ، أو أن يبطل جميعا ، والدار يصح أن تكون لمالكين وتقسم بينهما ، فإذا كانت في أيديهما ، وتساويا ، ولم يقو سبب أحدهما ؛ كانت بينهما.

فإن قيل: فإنه إذا زوجها الأول ، ثم زوجها الثاني ؛ لم يخل النكاح الثاني من أن يكون صحيحا ، أو موقوفا ، أو فاسدا ، فبطل أن يكون صحيحا ؛ لأنه لو كان صحيحا ؛ لم يبطل بتعريه عن الوطء ، وبطل أن يكون موقوفا ؛ لأن من أجاز النكاح الموقوف فإنما يجوز نكاح من كانت خالية من زوج[١] ، فأما من لها زوج ؛ فلا يقف نكاحها بالإجماع ، فإذا بطل القسمان ؛ صح أنه فاسد.

قيل: هذا وهم من قائله ؛ لأن الجميع قد جوزوا للثاني أن يعقد مع جواز أن يكون قد تقدمه عقد آخر ، فقد صار موقوفا لا محالة لينظر هل تقدمه عقد الولي الآخر أم لا ، فقد صار موقوفا على من ليست خالية من زوج بالإجماع.

ويقوي هذا قول أن الشافعي - رحمه الله - يقول: لو لم تقم البينة ولكن ادعى كل واحد من الزوجين أنه سابق بالعقد ، وذكر أن الزوجة تعلم بذلك ؛ فإنها تحلف إن أنكرت ، فإن نكلت وحلف أحد الزوجين وامتنع الآخر ؛ حصلت زوجة الحالف[٢] ، فكيف يكون وقوف العقد أكثر من هذا ، ثم تحصل زوجةً

(١) انظر ما تقدم حول هذا (٣/٣٣٧).

(٢) انظر نهاية المطلب (١٢/١٣٤ - ١٤٠) تحفة المحتاج (٣/٢٦٤ - ٢٦٥).

لمن لعله كذب في يمينه.

وعلى أننا قد دللنا على أن لكل واحد من الوليين أن يعقد مع جواز أن يكون قد تقدمه الآخر، فلا بد أن يقف مع كل واحد من العقدين، فبطل السؤال، وبالله التوفيق.

مسألة (٢٢):

يجوز للولي أن يزوج نفسه من وليته إذا أذنت له في ذلك[١]، وكذلك من أعتق أمة ثم أذنت له في عقد نكاحها من نفسه؛ جاز.

هذا مذهب ربيعة، ومالك، وسفيان الثوري، وأبي حنيفة، وأصحابه إلا زفر[٢].

وحكي عن المغيرة[٣] وأحمد أن وليها إذا أذنت له في ذلك، فولى رجلا، ووكله أن يزوجها؛ جاز[٤].

---

(١) وهذ بالاتفاق في المذهب، وإنما الخلاف إذا كرهت ذلك. مناهج التحصيل (٣/٣٤٦ - ٣٤٧) وأما إذا زوجها من غيره ولم يسم لها؛ فقد اختلف في ذلك مالك مع ابن القاسم، فقال مالك: لا يلزمها، وقال ابن القاسم: ذلك جائز عليها. انظر التوسط بين مالك وابن القاسم لأبي عبيد القاسم بن خلف الطرطوشي ص (٦٩ - ٧١).

(٢) انظر المعونة (٢/٥٤٥) مناهج التحصيل (٣/٣٤٦ - ٣٤٨) شرح فتح القدير (٣/٢٩٥ - ٢٩٦).

(٣) قال البخاري: «وخطب المغيرة بن شعبة امرأة هو أولى الناس بها فأمر رجلا فزوجه».
قال ابن حجر: «وصله وكيع في مصنفه والبيهقي من طريقه عن الثوري عن عبد الملك بن عمير». الفتح (١١/٤٧٠ - ٤٧١).

(٤) وعن أحمد رواية أخرى مثل مذهب مالك. انظر المغني (٩/١٧٥ - ١٧٦).

وقال الشافعي: لا يعقد عليه إلا الحاكم[1].

وكذلك لو أن رجلا له بنت صغيرة، خطبها منه رجل؛ جاز أن يوكله في تزويجها من نفسه عندنا وعند أبي حنيفة ومن ذكرناه[2].

وأباه الشافعي[3].

والدليل لقولنا إذا عقد لنفسه قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[4].

وهذا عقد قد وجد، فالوفاء بحكمه هو إقراره لا نقضه.

فإن قيل: إنما أمر بالوفاء بأحكام العقود الشرعية، وهذا ليس بشرعي.

قيل: **الحكم معلق على الاسم اللغوي إلا أن تقوم دلالة**، وقد وجد ما يسمى عقدا في اللغة.

وأيضا قوله [ﷺ][5]: «لا نكاح إلا بولي»[6].

فنفاه بعدم الولي وأثبته بالولي، وهذا نكاح بولي.

وأيضا فإن النبي ﵇ أعتق صفية وزوّجها من نفسه[7]، وكان هو ﵇ مولاها ووليها.

---

(١) الأوسط (٨/٣٠١ ـ ٣٠٤) تحفة المحتاج (٣/٢٦٦) تكملة المجموع (١٩/٢٤٠ ـ ٢٤١).

(٢) انظر الكافي لابن عبد البر (٢٣٠) المبسوط (٥/١٧).

(٣) روضة الطالبين (٧/٧١).

(٤) سورة المائدة، الآية (١).

(٥) في الأصل: تعالى.

(٦) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).

(٧) أخرجه البخاري (٥٠٨٦).

فإن قيل: لنا على هذا سؤالان:

أحدهما: أنه ﷺ لم يتزوجها بولاية نفسه، وإنما تزوجها بلا ولي، والنبي ﷺ مخصوص بصحة نكاح بغير ولي.

والسؤال الثاني: هو أن النبي ﷺ تزوجها بولاية نفسه، والفرق بيننا وبينه ﷺ أن ذلك يجوز له لأجل الضرورة؛ لأنه كان إمام الأئمة، والمرأة إذا لم يكن لها ولي إلا الإمام؛ جاز للإمام أن يزوجها من نفسه بولاية نفسه، إذ كل من تزوجها من الإمام يكون خليفة الإمام، ويزوجونها بولاية الإمام، فدعت الضرورة إلى أن تجوز بولاية نفسه، وليس كذلك (١٣٠) في غير الإمام؛ لأنه لا ضرورة فيه؛ لأن الحاكم يزوجها منه.

قيل: أما السؤال الأول؛ فخطأ؛ لأنه عليه السلام مولاها ومعتقها، فلم يحصل نكاحه بلا ولي، فدعواكم أنه تزوجها بلا ولي مع كونه وليا؛ محال، ولم نره عليه السلام تزوج غيرها إلا بولي ما، ولا يجب أن يحمل فعله وقد حصل وليا فيه بأنه لم يفعله بالولاية إلا بأن يقول لنا ذلك، فعلم حينئذ خصوصه، **واتباع فعله** عليه السلام **إما أن يكون على الوجوب، أو على الندب، أو على الجواز**، فأيها كان فهو يؤيد قولنا.

على أن هذا لم يقله أحد، وإنما قالوا: خص بالنكاح بغير مهر، وبلفظ الهبة، فأما بغير ولي؛ فلا نعلمه.

وأما السؤال الثاني؛ فقد سلمتم أنه تزوجها بولاية نفسه، والضرورة غير حاصلة؛ لأن هذا لو كان على ما قلتم؛ جاز أن يحكم الإمام لنفسه؛ لأن كل من يستخلفه على الحكم بينه وبين خصمه؛ فإنما يحكم مِن قبله وبخلافته،

فلما كانت ولايته ثابتة عامة حتى إذا توجه له حكم؛ ولّى من يحكم بينه وبين خصمه، كذلك له الولاية في التزويج إذا أذنت له المرأة، سواء كانت أجنبية لا ولي لها وهو وليها كان ينبغي أن يستخلف من يزوجه، كما يستخلف من يحكم بينه وبين خصمه؛ لأنه شيء يخصه.

فلما فرقتم بينه وبين غيره من سائر الحقوق؛ علمنا أنه ليس للضرورة، وإنما جاز لأن الحق لا يخرج عنهما؛ إذ المطلوب في الولاية أن يطلب لها الحظ، وأن لا تضع نفسها في غير كفء، فيدخل العار على الولي، فإذا كان الحق لها وللولي؛ فقد رضيا جميعا، ولم يحتج فيه إلى غيرهما، ألا ترى أنها لو رضيت بغير وليها ورضيها الولي؛ جاز تزويجه، فكذلك إذا رضيت بالولي ورضيها؛ لم يكن بينهما فرق بحصول رضائها (١٣١) ورضاه مع باقي شرائط النكاح، وكذلك لو لم يكن لها ولي إلا الإمام، ورضيت بغير كفء؛ جاز له أن يزوجها به.

ولنا أيضا قوله تعالى: ﴿وَيَسْتَفْتُونَكَ فِي النِّسَاءِ قُلِ اللَّهُ يُفْتِيكُمْ فِيهِنَّ وَمَا يُتْلَى عَلَيْكُمْ فِي الْكِتَابِ فِي يَتَامَى النِّسَاءِ الَّتِي لَا تُؤْتُونَهُنَّ مَا كُتِبَ لَهُنَّ وَتَرْغَبُونَ أَن تَنكِحُوهُنَّ﴾[1].

قالت عائشة - رضي الله عنها - وابن عباس رضي الله عنه: «نزلت في يتيمة في حجر وليها رغب في مالها وجمالها، ولم يقسط لها في صداقها، فنهوا أن ينكحوهن إلا أن يقسطوا لهن في صداقهن»[2].

(١) سورة النساء، الآية (١٢٦).

(٢) تقدم تخريجه (٥/٣٧١).

فبينت عائشة ـ رضي الله عنها ـ أنهم مُنعوا من التزويج بهن لأجل أنهم لا يقسطون في صداقهن، فعلم أنهم إذا عدلوا في الصداق؛ جاز لهم أن ينكحوهن[(١)].

فإن قيل: لعمري إن مفهوم ذلك أنهم إذا أقسطوا لهن في الصداق؛ جاز أن ينكحوهن، ونحن نقول: يجوز أن يُنكحها، ولكن معنى يُنكحها أن يقبل نكاحها، ولم نقل يقبل نكاحها من نفسه أو من غيره.

قيل: الظاهر لم يفرق بين أن يقبل من نفسه أو من غيره، فمن فرق بينهما؛ احتاج إلى دليل، ولولا أن القبول من نفسه لم ينه عن ذلك إذا لم يقسط في المهر؛ لأن غيره لا يزوجه إذا نقص من المهر؛ لأنه لا يخلو إذا كانت في حجره من أن يرد أمرها إلى غيره سوى الحاكم؛ فإنه يكون واليا من قبله يزوجه بولايته، فيجيء من هذا جوازه من نفسه، أو يزوجه الحاكم، فالحاكم العدل [يقسط][(٢)] في صداقها، فعلم أنهم نهوا أن يزوجوا أنفسهم بهن إذا لم يقسطوا في صداقهن، وأنهم إذا عدلوا؛ جاز ذلك.

فإن قيل: إنها لا تسمى يتيمة إلا قبل البلوغ، ولا يجوز للولي أن يزوج يتيمة قبل البلوغ من نفسه ولا من غيره[(٣)].

---

(١) قال ابن حجر: «وبه احتج محمد بن الحسن على الجواز؛ لأن الله تعالى لما عاتب الأولياء في تزويج من كانت من أهل المال والجمال بدون سنتها من الصداق، وعاتبهم على ترك تزويج من كانت قليلة المال والجمال؛ دل على أن الولي يصح منه تزويجها ولو كانت صغيرة؛ لأنه أمر أن يقسط لها في الصداق، ولو كانت بالغة؛ لما منع أن يتزوجها بما تراضيا عليه، فعلم أن المراد من لا أمر لها في نفسها». الفتح (١١/٤٧١).

(٢) في الأصل: لا يقسط.

(٣) أجيب باحتمال أن يكون المراد بذلك السفيهة، فلا أثر لرضاها بدون مهر مثلها كالبكر. المصدر السابق.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه يجوز على أحد وجهين: إما أن يكون وصيا قد قيل له: زوجها من نفسك، فيكون الأب (١٣٢) قد عين له بعد موته أن يزوجها من نفسه، كما يعين له في غيره، فيجوز تزويجها وهي صغيرة، وهذا بلا خلاف على المذهب، أو يكون قال له: زوجها ممن رأيت على ما تراه من الحظ، فيجوز تزويجها وهي صغيرة، وهذا بلا خلاف على المذهب[1] قبل البلوغ على إحدى روايتين أو لا تكون كذلك، ولكنها يتيمة محتاجة وهو لها كفء، فيجوز أن يزوجها من نفسه ومن غيره على إحدى روايتين أيضا، وهذا استحسان.

والجواب الآخر: أن تكون قد بلغت بالقرب، فتسمى يتيمة، وتأذن في نكاحها من نفسه.

ولنا أيضا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[2]، وظاهره يقتضي أن أوقعوا النكاح من أنفسكم.

فإن قيل: هذا معناه إذا ذكر الأيامى منا، أي من أهل ملتنا أنكحناهم.

قيل: الظاهر ما قلناه، ولو ثبت على ما قلتموه؛ لم يسقط الحجاج به؛ لأنه قال تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ﴾ معناه: أوقعوا النكاح، ولم يفرق بين أن [نُنكحهن][3] من أنفسنا أو من غيرنا، فهو عموم إلا أن يمنع منه دليل.

---

(١) إذا زوجها من غيره، أما إذا زوجها من نفسه ففيه اختلف مالك وابن القاسم كما سبق التنبيه عليه في بداية الفصل.

(٢) سورة النور، الآية (٣٢).

(٣) في الأصل: ينكحهن.

وأيضا فإنه نكاح بولي، من كفء، برضاها إن كان لها رضا، فوجب أن يصح، أصله إذا زوجها من غيره مع سائر شرائطه.

وأيضا فقد ذكرنا أن الولاية طُلبت لطلب الحظ لها وللولي؛ لئلا تضع نفسها في غير كفء، فإذا رضيت ورضي الولي؛ فلا يخلو أن يكون كفؤا قد رضيت به، فهو كالأجنبي إذا رضيت، ورضي الولي به؛ لأن الحق لا يخرج عنهما.

فإن قيل: فإن الولي طُلب في النكاح بالحظ لها، ألا ترى أنها إذا دعت إلى النكاح؛ لم يجز للولي أن يمنع، وإذا دعا هو إلى النكاح؛ كان لها أن تمنع، فإذا كان الولي في النكاح طلب بحظها؛ لم يجز أن يزوجها من نفسه بولاية نفسه؛ لأن فيه إبطال موضوع الولاية؛ لأنه لا يطلب حظها؛ لأن كل إنسان (١٣٣) يختار حظه على حظ غيره.

قيل: هذا حجة لنا؛ لأن الأجنبي لو كان مغرورا غير كفء ورضيت ورضي الولي به؛ جاز؛ إذ لها الإذن، وله حق الولاية لأجل العار، فلو كان هو مغرورا غير كفء رضيت به على بصيرة؛ كان كالأجنبي الذي قد رضي الولي به، فأما في الصغيرة أو الكبيرة البكر التي لم تجرب الرجال؛ فإنه إذا كان غير كفء لم يجز، كما لو زوجها من غير كفء لم يجز، وأبوها لو فعل ذلك بها؛ منعناه منه.

فإن قيل: فإنه وإن كان المقصود ما ذكرتم؛ فإنه لا يدل على أنه إذا وجد من الولي صح، ألا ترى أن المقصود من البيع الثمن، والثمن يحصل من الوكيل إذا باع من نفسه، كما يحصل إذا باع من غيره، ولا يجوز أن يبيع

من نفسه؛ لأن التهمة لا تنحسم فيه، كذلك النكاح.

قيل: لا فرق بينهما؛ لأن الوكيل لو قال للموكل: هو ذا أبيعها من نفسي بكذا وكذا، ورضي الموكل؛ جاز ذلك.

فإن قيل: فإنه لا يصح أن يكون بائعا مشتريا.

قيل: بل يصح أن يبيع حق غيره من نفسه بإذنه، ويصح بيعه حقه من نفسه لغيره، كالأب يبيع حقه من ابنه الصغير، وهو البائع، وهو القابل للشراء، وكذلك يبيع حق يتيم في حجره ليتيم آخر في حجره، وهو البائع المشتري.

فإن قيل: فقد روى هشام بن عروة، عن أبيه، عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ أن رسول الله ﷺ قال: «كل نكاح لم يحضره أربع؛ فهو سفاح: خاطب، وولي، وشاهدان»[١].

فحكم ببطلان النكاح إذا لم يكن خاطب وولي، فإذا زوجها الولي من نفسه حصل خاطبا هو ولي، وليس بخاطب وولي.

قيل: إن صح الحديث؛ فإنه ﷺ لم يقل بحضرة أربعة أشخاص، وإنما قال: «بحضرة أربع»، فأراد إن حصل فيه أربعة معان، والخاطب الولي فيه معنيان. (١٣٤)

ويحتمل أن يتوجه إلى نكاح يكون الخاطب غير الولي، أما إذا كان الخاطب هو الموالي؛ جاز؛ بدليل تزويج النبي ﷺ، وبدليل القياس.

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٩٨).

على أن الشاهدين ليسا من شرط صحة النكاح عندنا على ما بيناه من مسألته(١).

وقد ذكرنا قياسات تخص الخبر، فنحمله على الاستحباب إذا كان الخاطب غير الولي.

على أن السفاح عبارة عن الزنا، وهذا العقد بإجماع ليس بزنا، فالخبر [ليس](٢) على ظاهره، ولا يلزم الحجاج به.

فإن قيل: فإن من لم يملك الإيجاب والقبول في عقد معاوضة بنفسه؛ لم يجز أن يكون موجبا قابلا في ذلك العقد، أصله الوكيل؛ لأن الوكيل لما ملك الإيجاب والقبول في البيع لغيره؛ لم يجز أن يبيعه من نفسه، وكذلك ابن العم إذا ملك الإيجاب والقبول بغيره؛ لأنه لا يزوجها إلا بإذنها، فلم يجز أن يزوجها من نفسه بإيجاب نفسه، عكسه الأب لما ملك الإيجاب والقبول في بيع مال ولده الصغير بنفسه؛ جاز أن يكون موجبا قابلا.

قيل: هذا يفسد بالإمام؛ لأنه لا يملك بنفسه، ومع هذا فإنه يملك الإيجاب والقبول، ويكون موجبا قابلا في بيع مال الأصاغر.

ويفسد على أصولنا أيضا بالوصي يزوج الصغير.

ويفسد أيضا بابن العم إذا زوج بنت عمه بإذنها من ابنه الصغير؛ فإنه يكون موجبا قابلا.

---

(١) انظر ما تقدم (٥/٣٩١).

(٢) ساقطة من الأصل.

ويفسد على أصلنا وأصلهم بهذا الولي إذا زوجها من ابنه الصغير السليم؛ فإنه يملك بإذنها، وهو يملك الإيجاب والقبول لابنه الصغير.

على أننا نقول: يصح بيع الوكيل من نفسه ويعتبر حاله، فإن كان قد اشترى بثمن مثله؛ لم ينقصه، فلم يسلم الأصل الذي قاسوا عليه.

فإن قيل: فإنه ذَكر شرط في صحة النكاح احتياطا للنكاح، فوجب أن لا يجوز كون ذلك الذكر زوجا من نفسه، أصله الشهود لا يجوز أن يكون شاهدا في النكاح (١٣٥) وهو زوج.

قيل: هذا لا يلزمنا نحن؛ لأن الشهادة ليست شرطا في صحة النكاح فسقط، وإنما يلزم هذا أصحاب أبي حنيفة.

ونقول: إن الإيجاب والقبول في هذا النكاح حصل بتراضيهما، فأشبه إذا عُقِد من الأجنبي.

وأيضا فإنه عقد بدل، فيجوز أن يكون الواحد فيه مجيبا قابلا، دليله الأب في بيع مال الصغير من نفسه.

مسألة (٢٣):

النكاح بلفظ الهبة يصح إذا قُصد به النكاح[(١)]، وسواء عندي ذكروا المهر أم أطلقوه، بعد أن يعلم [أنه][(٢)] قصدوا به النكاح، وكذلك بلفظ

(١) وذهب آخرون من أصحاب مالك إلى عدم جوازه، ورجحه ابن عبد البر. انظر التمهيد (١١٣/١٤ - ١١٥).

(٢) ساقط من الأصل: والمثبت من عيون المجالس.

البيع والصدقة[1].

وبه قال أبو حنيفة[2].

وقال الشافعي[3]: لا ينعقد إلا بأحد لفظين: إما النكاح وإما التزويج[4]، وهو أن يقول: قد أنكحتك، أو زوجتك[5].

وهذا الموضع يجوز باتفاق، وإنما الخلاف فيما عدا هذين اللفظين على ما ذكرناه[6].

---

(١) انظر الإشراف (٣/٣١٢ ـ ٣١٣) بداية المجتهد (٤/٢٠٦).

(٢) واشترط له أبو حنيفة إذا كان أشهد عليه ولها المهر المسمى إن كان سمى، وإن لم يسم فلها مثلها. انظر شرح فتح القدير (٣/١٨٥ ـ ١٨٩).

(٣) وهو قول ابن دينار من المالكية. انظر إكمال المعلم (٤/٥٨٣).

(٤) الأم (٦/١٠٣ ـ ١٠٤) نهاية المطلب (١٢/١٧٠) تكملة المجموع (١٩/٣٢٢ ـ ٣٢٦) وهو مذهب أحمد بن حنبل كما في المغني (٩/٢٦٥ ـ ٢٦٦) لكن قال ابن حجر: «ذهب جمهور العلماء إلى أن النكاح ينعقد بكل لفظ يدل عليه، وهو قول الحنفية والمالكية وإحدى الروايتين عن أحمد، واختلف الترجيح في مذهبه، فأكثر نصوصه تدل على موافقة الجمهور، واختار ابن حامد وأتباعه الرواية الأخرى الموافقة للشافعية، واستدل ابن عقيل منهم لصحة الرواية الأولى بحديث «أعتق صفية وجعل عتقها صداقها»، فإن أحمد نص على أن من قال: عتقت أمتي، وجعلت عتقها صداقها؛ أنه ينعقد نكاحها بذلك، واشترط من ذهب إلى الرواية الأخرى بأنه لابد أن يقول في مثل هذه الصورة: تزوجتها، وهي زيادة على ما في الخبر وعلى نص أحمد، وأصوله تشهد بأن العقود تنعقد بما يدل على مقصودها من قول أو فعل». الفتح (١١/٥١٠).

(٥) وأجاز ابن حزم مع هذين اللفظين لفظ التمليك والإمكان. المحلى (٩/٤٧).

(٦) وسبب اختلافهم هل هو عقد يعتبر به ـ مع النية ـ الفظ الخاص به؟ أم ليس من صحته اعتبار اللفظ؟ فمن ألحقه بالعقود التي يعتبر فيها الأمران؛ قال: لا نكاح منعقد إلا بلفظ النكاح أو التزويج، ومن قال: إن اللفظ ليس من شرطه اعتبارا بما ليس من شرطه اللفظ؛ أجاز النكاح=

والدليل لقولنا قوله ﷺ: «وإنما لامرئ ما نوى»[1].

وهذا قد نوى بلفظ الهبة أن يكون نكاحا فله ما نواه.

ولنا قوله تعالى: ﴿أَوۡفُواْ بِٱلۡعُقُودِ﴾[2].

وهذا عقد قد عقد بلفظ الهبة فيجب الوفاء به.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾[3].

فعم الابتغاء ولم يخص فيه لفظا من لفظ.

وأيضا قوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[4].

فدل على أنه إذا حصل فيه الولي؛ سمي نكاحا بأي لفظ كان.

وأيضا ما رواه أبو حازم عن سهل بن سعد الساعدي: «أن امرأة أتت النبي ﷺ فقالت: قد وهبت نفسي منك يا رسول الله، فقال: ما لي اليوم في النساء من حاجة، فقام رجل فقال: زوجنيها يا رسول الله! فقال: قد ملكتكها بما معك من القرآن»[5].

= بأي لفظ اتفق إذا فهم المعنى الشرعي من ذلك، أعني أنه إذا كان بينه وبين المعنى الشرعي مشاركة. أفاده ابن رشد في بداية المجتهد (٤/٢٠٦).

(١) تقدم تخريجه (٢/٨).

(٢) سورة المائدة، الآية (١).

(٣) سورة النساء، الآية (٢٤).

(٤) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).

(٥) أخرجه بهذا اللفظ البخاري (٥٠٣٠) ومسلم (١٤٢٥/٧٦) وقال ابن دقيق العيد: «وقوله ﷺ: «زوجتكها» اختلف في هذه اللفظة، فمنهم من رواه كما ذكر، ومنهم من رواها «ملكتكها»، ومنهم من رواها: «ملكتها»، فيَستدل بهذه الرواية من يرى انعقاد النكاح بلفظ=

ففيه دليلان:

أحدهما: (١٣٦) أنها قصدت بلفظ الهبة التزويج برسول الله ﷺ، ولم يقل لها: النكاح بهذا اللفظ لا ينعقد، وإنما عدل إلى أنه لا حاجة له إلى النساء في هذا الوقت، وقد قال تعالى: ﴿إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا خَالِصَةً لَّكَ﴾[1] أي بغير مهر في هذا النكاح الذي هو بلفظ الهبة.

والدليل الثاني: هو أنه ﷺ قال للزوج: «قد ملكتكها بما معك من القرآن»، فدل على أن لفظ التمليك يقع به التزويج.

فإن قيل: فإن الله تعالى جعل انعقاد النكاح بلفظ الهبة خاصا للنبي ﷺ،

= التمليك، إلا أن هذه لفظة واحدة في حديث واحد اختلف فيها، والظاهر الغالب أن الواقع منها أحد الألفاظ لا كلها، فالصواب في مثل هذا النظر إلى الترجيح بأحد وجوهه، ونقل عن الدارقطني أن الصواب رواية من روى «زوجتكها»، وأنه قال: هم أكثر وأحفظ، وقال بعض المتأخرين: ويحتمل صحة اللفظين، ويكون أجرى لفظة التزويج أولا فملكها، ثم قال له: اذهب فقد ملكتكها بالتزويج السابق، والله أعلم.

قلت: وهذا أولا بعيد؛ فإن سياق الحديث يقتضي تعيين موضع هذه اللفظة التي اختلف فيها، وأنها التي انعقد بها النكاح، وما ذكره يقتضي وقوع أمر آخر انعقد به النكاح، واختلاف موضع كل واحدة من اللفظتين، وهو بعيد جدا.. وإنما الصواب في مثل هذا أن ينظر إلى الترجيح». إحكام الأحكام (٤/٤٩).

قلت: وقد أفاض الحافظ ابن حجر في الحديث عن هذه اللفظة، وبيّن الاختلاف فيها، ثم قال: «الذي تحرر مما قدمته أن الذين رووه بلفظ التزويج أكثر عددا ممن رواه بغير لفظ التزويج، ولا سيما وفيهم الحفاظ مثل مالك، ورواية سفيان بن عيينة «أنكحتكها» مساوية لروايتهم. إلى أن قال: وعلى تقدير أن تتساوى الروايات يقف الاستدلال بها لكل من الفريقين». الفتح (١١/٥٠٨ ـ ٥١٠).

(١) سورة الأحزاب، الآية (٥٠).

فلو انعقد [أيّ][(١)] نكاح به؛ لم يقع الخصوص له[(٢)]، فدل على أنه مخصوص به.

قيل: إنما حصلت الخصوصية له لأنه بلا مهر؛ لأن اللفظ خرج بلفظ الهبة، فيحصل العقد بغير مهر.

فإن قيل: السؤال على هذا من ثلاثة أوجه:

أحدها: أن العوض لم يجر له ذكر، فعلم أن الخصوصية إنما وقعت بالمذكور، وهو النكاح بلفظ الهبة.

وعلى أننا نقول: خصه بالأمرين معا؛ بانعقاد النكاح بلفظ الهبة، وبتعريه عن العوض ابتداء وانتهاء.

والسؤال الثالث: هو أنه لا يجوز أن يكون أراد به الخصوصية في التعري عن العوض؛ لأنه لو أراد به هذا؛ لم يقع التخصيص به؛ لأننا نشاركه عليه السلام فيه؛ لأن الرجل إذا زوج عبده بلا مهر؛ فمن الناس من يقول: لا يجب أصلا، ومنهم من يقول: يجب، ويسقط، وهذا عبادة[(٣)].

قيل: أما الفصل الأول فهو أن اللفظ بالهبة عبارة عن النكاح، وفي مضمونه العوض، وما في مضمونه كالمصرح به؛ بدليل قوله: ﴿خَالِصَةً لَّكَ مِن دُونِ ٱلْمُؤْمِنِينَ ۗ قَدْ عَلِمْنَا مَا فَرَضْنَا عَلَيْهِمْ فِىٓ أَزْوَٰجِهِمْ﴾[(٤)]، ثم لما قال:

---

(١) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٢) وكذا قال ابن عبد البر في التمهيد (١٤/١١٥) وابن حزم في المحلى (٩/٤٧).

(٣) هكذا بالأصل.

(٤) سورة الأحزاب، الآية (٥٠).

﴿إِنْ أَرَادَ ٱلنَّبِيُّ أَن يَسْتَنكِحَهَا﴾ ثم قال: ﴿خَالِصَةً لَّكَ﴾؛ (١٣٧) علم أن المخصوص في سقوط العوض الاستنكاح.

وقولهم: «إنه ﷺ خص بالأمرين جميعا»؛ فقد بينا أن قوله تعالى: ﴿خَالِصَةً﴾ بالتأنيث إنما يتوجه إليها التي هي يستمتع بها، فالعوض عنه يقع اللفظ في ذلك، فدل على أنه إذا احتمل ما نقول؛ كان أكثر للفائدة؛ لأننا نخصه عليه السلام بسقوط العوض، ونشاركه في اللفظ، فهو زيادة حكم فينا وفيه، لا نحمله على الأمرين بأمر محتمل.

وقولهم: «إن سقوط العوض لا يكون فيه تخصيص إلى آخر ما ذكروه»؛ فإننا لا نجوز إيقاع النكاح بغيره(١) باشتراط سقوط العوض، فهو مخصوص بذلك، فأما اللفظ؛ فلا فائدة في الفرق بين الألفاظ فينا وفيه، ألا ترى أننا قد ساويناه في [ألفاظ](٢) الطلاق بالصريح والكناية، فكذلك نشاركه في ألفاظ النكاح بكل ما يقصد به النكاح.

فإن قيل: الفائدة فيما ذكرناه من تخصيصه باللفظ؛ لأن الهبة لفظ موضوع في الشرع لعقد من شرط لزومه القبض، فوجب أن لا ينعقد نكاحنا نحن.

قيل: ليس من شرط الهبة القبض، وكذلك الرهن يصح عقداهما، على أن الرهن لا يوجب التمليك مؤبدا إذا أطلق، ولفظ الهبة يوجب التمليك مؤبدا إذا أطلق، فأشبه لفظ النكاح.

فإن قيل: لا فرق بين الهبة والرهن؛ لأن الهبة وإن كان فيها تمليك؛

(١) أي بغير لفظ الهبة.
(٢) في الأصل: الألفاظ.

فليس التمليك في الهبة من جنس التمليك في النكاح، فكانت هي والرهن سواء في عقد النكاح، ألا ترى أن الهبة لما لم يكن فيها التمليك الذي في البيع كالرهن في أنه لا ينعقد به البيع.

قيل: قد يحصل في الهبة من التمليك مثل ما يحصل في النكاح، ألا ترى أنه لو وهب له منافع الدار مدة؛ لصحت الهبة، ولو وهب لعوض بلفظ الهبة؛ لكانت هبة الثواب عندنا صحيحة. (١٣٨)

وعلى أحد قولي الشافعي فهو لفظ يحصل به التمليك كالبيع، وقد قلنا: إن الهبة توجب التمليك مؤبدا إذا أطلقت، فهي كلفظ النكاح، والرهن فليس فيه تمليك الشيء أصلا، وإنما يفيد حق الوثيقة.

فإن قيل: فما تقول في لفظ «أبحتك».

قيل: قد قال أصحابنا[1]: إنهم إن قصدوا به النكاح والعوض والتمليك مطلقا؛ فإنه يصح.

ويجوز أن يحترز من هذا فنقول: لفظ الهبة عقد يوجب التمليك مؤبدا إذا أطلق، فهو كالنكاح، [و][2]لفظ البيع مثله، ولا يلزم عليه الإباحة؛ لأنها ليست بعقد.

فإن قيل: فإنه لفظ لا يتضمن العوض، فوجب أن لا ينعقد به النكاح

---

(١) ونقل كلام ابن القصار القاضي عياض في الإكمال (٤/٥٨٣)، وبه تعلم أن قول ابن عبد البر في التمهيد (١٤/١١٤ ـ ١١٥): «وقد أجمعوا أن النكاح لا ينعقد بقوله: أبحت لك، وقد أحللت لك»؛ فيه نظر، والله أعلم.

(٢) ساقطة من الأصل.

كالإحلال والإباحة[1].

أو نقول: هو نكاح عري عن لفظ التزويج والنكاح، فلم ينعقد كما ذكرنا في الإحلال والإباحة.

قيل: إذا قصد به النكاح تضمن العوض، فهو كالهبة للثواب الذي هو العوض، فلم يسلم الوصف الذي جعلوه علة.

فأما الإحلال والإباحة؛ فقد ذكرنا ما قاله أصحابنا أنه إذا قصد به النكاح؛ صح وتضمن العوض، فإن كان في الإحلال والإباحة تمليك فهو كالهبة.

فإن قيل: فإنه لفظ ينعقد به غير النكاح، فوجب أن لا ينعقد به النكاح، أصله الإجارة والعارية والوصية[2].

قيل: قد ذكرنا قياسا بإزائه، وقلنا: لفظ الهبة يوجب التمليك مؤبدا إذا أطلق، فأشبه لفظ النكاح، وليس هذا موجودا في [الإجارة][3] والعارية، فأما الوصية؛ فليست بعقد لازم يوجب التمليك مؤبدا إذا أطلق، فأشبهت الوعد بالتمليك.

فإن قيل: فإن عقد النكاح يقتضي البدل وهو في معاوضة البضع، فلما كان عقد النكاح يقتضي البدل، والهبة (١٣٩) لا تقتضي البدل؛ لم ينعقد بلفظ لا يقتضي البدل، ألا ترى أن عقد البيع لما اقتضى العوض؛ لم

(١) هذا الاعتراض لا يتوجه على الحنفية؛ لأنهم لا يجيزون النكاح به.

(٢) ولا يصح وقوع النكاح بهذه الثلاثة عند المالكية ولا عند الحنفية، إلا في قول للكرخي بجواز وقوعه بالإجارة. انظر شرح فتح القدير (١٨٨/٣).

(٣) في الأصل: التجارة، والتصويب يدل عليه ما قبله.

ينعقد بلفظ الهبة.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: إننا قد بينا أن لفظ الهبة للثواب يقتضي البدل، فكذلك إذا [عقد][1] به النكاح، [وكذا][2] إذا قال: قد وهبتها لك على صداق كيت كيت، وكذلك هبة الثواب هي بيع، وخاصة إذا قال: وهبت لك هذه السلعة لتثيبني عليها، فقد بان بهذا أنه ينعقد بلفظ الهبة كما ينعقد بلفظ النكاح.

والجواب الآخر: هو أن ما ذكروه يبطل به إذا قال: زوجتك على أن لا مهر، فإن النكاح ينعقد عندهم.

وكذلك على رواية لابن القاسم؛ لأنه قال: يفسخ قبل الدخول ويثبت بعده، وإن كان قد روي عن مالك أنه يفسخ قبل الدخول وبعده لاشتراطهما إسقاط المهر.

فإن قيل: لم ينعقد النكاح بقوله على أن لا مهر لها، وإنما انعقد بقوله: زوجتك، وقوله: «لا مهر لها» شرط فاسد فسقط.

قيل: قد بينا أن لفظ الهبة إذا قصد به النكاح؛ تضمن العوض، وخاصة إذا قال: على الصداق، أو على صداق كيت وكيت، ولا يمتنع أن يكون لفظ «أنكحتك وزوجتك» أقوى من قوله: وهبتها لك على صداق كيت كيت، غير أن هذا يجوز كما يجوز ذاك.

---

(١) في الأصل: فقد.

(٢) كلمة غير واضحة بالأصل، والمثبت يدل عليه السياق.

فإن قيل: فإن النكاح يفتقر إلى أن يحملوا الشهادة في النكاح، ألا ترى أنهم لو تحملوا الشهادة في النكاح على غير النكاح؛ لم يصح النكاح، وهو أن يعقد بالولي والخاطب بلا شهود، ثم يفترقان بين يدي الشهود بالعقد لم يصح النكاح، ولم يتحملا الشهادة على العقد.

فإذا كان النكاح لا يصح إلا أن يتحمل الشهود الشهادة على النكاح؛ لم يصح بلفظ الهبة؛ لأن الهبة والبيع كناية في النكاح وليسا بصريح، فلو قال السيد للرجل: وهبت منك (١٤٠) أَمتي، وزوجتك أمتي، أو بعتك أمتي بحضرة الشهود، والشهود حين الإيجاب والقبول لم يعرفا النكاح، فلم يتحملوا الشهادة على العقد، وإذا قال السيدُ والخاطب: نكحنا؛ حصلت الشهادة على العقد، ولم يصح على غير [ذلك][1] العقد.

قيل: عن هذا جوابان:

أحدهما: أن عقد النكاح يصح بغير شهود، ولا يفتقر في صحته إلى الشهادة[2].

والجواب الآخر: هو أننا نجيز ذلك إذا علم أنهم يقصدون بلفظ الهبة النكاح حتى يعرف الشهود ذلك، وخاصة إن قال: وهبتها لك على صداق كذا وكذا درهما أو دينارا، فلا إشكال في هذا أنهم يريدون التزويج، فتصح

(١) زيادة ليست بالأصل، والسياق يقتضيها.

(٢) وعليه فيتوجه الاعتراض على الحنفية المشترطين للشهادة، لكن في توجهه عليهم أيضا فيه نظر؛ لأنهم يشترطون معرفة الشهود ذلك كما يشير إليه كلام ابن الهمام حيث قال: «والظاهر أنه إذا لم يدل الحال؛ فلا بد من إعلام الشهود كما قدمناه، لأنه لا بد من فهمهما المراد على المختار على ما سنذكره». شرح فتح القدير (١٨٧/٣).

شهادة الشهود على العقد، وكذا إذا قال: بعتكها على صداق كيت وكيت، أو علم أنهم قصدوا بالبيع النكاح، وخاصة في حرة فإنها لا تباع، فإذا كان في النكاح معنى البيع ـ لأنه عقد على معاوضة يقتضي التمليك مؤبدا إذا أطلق ـ؛ فلا فرق بين لفظ النكاح، والهبة للثواب، والبيع، بعد أن يعلم أنهم قصدوا بذلك النكاح، وهذا كما لو طلق بالصريح والكناية؛ لجاز للشهود أن يشهدوا أنه طلق، وإن كان قد طلق بالكناية كما يطلق بالصريح، خاصة إذا علموا أنه نوى الطلاق، كما أنهم قصدوا بلفظ الهبة النكاح.

فإن قيل: فإن قول النبي ﷺ للرجل حين خطب المرأة التي وهبت نفسها للنبي ﷺ: «قد ملكتكها بما معك من القرآن»[1]؛ لا يصح؛ لأن النيسابوري قال: إنما روى «ملكتكها» معمر، وغلط فيه، والصحيح أنه عليه السلام قال: «زوجتك».

على أنه لو صح؛ لم يكن فيه حجة؛ لأنه روي «زوجتك»، وروي «ملكتك»، والقصة واحدة، ولما لم يعلم على أي وجه من اللفظين وقع؛ لم يصح الحجاج به[2].

قيل: أما ما ذكره النيسابوري؛ فلا يعمل عليه؛ لأنه يجوز أن (١٤١)
يذهب عنه، ومعمر فوق النيسابوري[3].

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٥٢١).

(٢) وممن قال بذلك ابن التين، وكذا ابن حجر كما في الفتح (١١/٥٠٩).

(٣) إضافة إلى أنه لم ينفرد به معمر، قال ابن حجر: «فظهر أن رواية التمليك وقعت في إحدى الروايتين عن الثوري، وفي رواية عبد العزيز بن أبي حازم، ويعقوب بن عبد الرحمن، وحماد بن زيد». الفتح (١١/٥٠٩).

وأما اختلاف اللفظين في قصة واحدة ؛ فلا يسقط الحجاج به ؛ لأنه يجوز أن يكون ﷺ قال: «[قد][(١)] ملكتك» ، ثم كرر فقال: «زوجتك» بعد قوله: «ملكتك» ، فيكون تقديره أنه لما قال له: «ملكتك بما معك من القرآن» ؛ قال: الذي معي منه يسير وهو كيت وكيت ، فقال ﷺ: «قد زوجتك بما معك من هذا القدر» ، وأعلمهم أن أحد اللفظين يقوم مقام الآخر[(٢)] ، وإذا أمكن أن يحمل على هذا ؛ استفدناه ولم يسقط الحجاج به .

فإن قيل: فإن قولك: «إن لفظ الهبة يقتضي التمليك مؤبدا إذا أطلق فأشبه لفظ النكاح» ؛ لا يصح ؛ لأن «زوجتك» و«أنكحتك» لا ينقل الملك أصلا ، ألا ترى أنه لو قال: زوجتك أو أنكحتك هذا الثوب أو هذه الدابة ؛ لم ينقل الملك ، وإنما يستباح به منفعة البضع ، ويستحق بالاستباحة المهر ، فسلم ما قلته .

على أنه لو كان صحيحا ؛ لكان المعنى في قوله: «زوجتك وأنكحتك» أنه لفظ لا ينعقد به غير النكاح ، فلهذا انعقد به النكاح ، والهبة لفظ ينعقد به غير النكاح ، فلم ينعقد به النكاح ، كالإجارة والعارية .

قيل: إنا لم نقل إن لفظ الهبة ينقل ملك الرقبة ، وإنما قلت: التمليك أعني تمليك المنافع ، والنكاح يفيد ذلك ، فلا فرق بين أن يقول: وهبت لك منافعها على صداق كيت وكيت ، وبين أن يقول: أنكحتكها على صداق كيت

(١) في الأصل: في .

(٢) وإلى هذا أيضا يشير كلام ابن حزم في المحلى (٩/٤٧ ـ ٤٨) وانظر ما قدمته في بداية الفصل . وقال النووي: «ويحتمل صحة اللفظين ، ويكون جرى لفظ التزويج أولا فملكها ، ثم قال له: اذهب فقد ملكتها بالتزويج السابق» . شرح مسلم (٩/١٨٠) .

وكيت، ولما كانت رقبتها وهي حرة لا يصح(١).

على أن قوله: «وهبتها لك على صداق كذا» إنما يقصد به المنافع كالنكاح.

وقولهم: «إنه لو صح؛ لكان معنى «زوجتك» أنه لفظ لا ينعقد به غير النكاح، فلو قلنا: إنهم لو قصدوا البيع بأن يقول: قد أنكحتك هذا الثوب بكذا وكذا درهما، وعُلم قصدهم لانعقد البيع؛ لم [يبق](٢) منهم شيء.

ولو قلنا ما قالوه أيضا؛ لم يمتنع أن يكون لفظ النكاح بالنكاح أخص من الهبة، (١٤٢) ثم تقاس عليه الهبة بعلة صحيحة، فتكون علتنا أولى؛ لأنها متعدية إلى ما اختلفنا فيه.

وأما الإجارة والعارية؛ فقد ذكرنا أنه لفظ لا يقتضي التمليك مؤبدا؛ لأنها إن لم تقيد بمدة في الإجارة؛ لم يصح الرد بعد انتفاع.

فإن قيل: قولكم: «إن النكاح كالطلاق في أنه يقع بالصريح والكناية»؛ ومعاذ الله، وليس كالطلاق؛ لأن النكاح تمليك، والطلاق [يرفع](٣) التمليك ويحُل العقد.

على أن الفرق بين الطلاق وعقد النكاح واضح، وهو أن الطلاق يقع بالشرط والصفة، فصح وقوعه بالكناية، والنكاح لم ينعقد بالصفة [والشرط](٤)،

---

(١) هكذا بالأصل.

(٢) هذا أقرب إلى رسمها.

(٣) في الأصل: يوقع.

(٤) زيادة ليست في الاصل، وهي موجودة في جواب الاعتراض.

فلم يجز أن ينعقد بكناية[1].

قيل: إننا لم نقل: إن النكاح طلاق، ولا أنه كهو في كل شيء، وإنما قلنا: إن النكاح لفظ مخصوص، فإذا [أوقع][2] بغيره من الألفاظ التي تقتضي التمليك مؤبدا وعلى أنه يقصد به النكاح؛ صح، ولا يُمتنع من الفرق بينهما، ألا ترى أن الإنسان إذا تزوج بامرأة؛ جاز أن يقول: قد أنكحتها أو تزوجتها، وتأهلت بها، واتصلت بها، فيفهم بهذه الألفاظ ما يفهم بقوله: نكحتها، فكذلك إذا قال له: قد زوجتكها، وأنكحتكها، وأهلتك بها، ووصلتك بها؛ جاز ذلك، وخاصة إذا قال: على صداق كذا وكذا.

وقولهم: «إن النكاح لا يقع بالصفة والشرط»؛ فإن البيع كذلك، وليس مقصورا على لفظ بعتك؛ لأنه لو قال: «ملكتك هذا [الثوب][3] بكذا وكذا درهما»؛ صح، وكذلك وهبته لك بثمن ذكره.

وأيضا فلا يخلو عقد النكاح إما أن يكون كعقود الأعيان، أو عقود المنافع، وأيها كان؛ فإنه لا ينحصر على لفظ واحد.

فإن قيل: هو أصل بنفسه، لا هو كعقود الأعيان ولا كعقود المنافع، ألا ترى أنه اعتبر فيها الشهادة والإشادة، ولم يعتبر في عقود الأعيان والمنافع، فكذلك يعتبر (١٤٣) فيه لفظ بعينه.

---

(١) ومن جهة النظر أيضا أن النكاح مفتقر إلى التصريح لتقع الشهادة عليه، وهو ضد الطلاق، فكيف يقاس عليه. قاله ابن عبد البر في التمهيد (١١٤/١٤).

(٢) في الأصل: أدفع.

(٣) في الأصل: الثواب.

قيل: ليس من شرط صحته الشهادة عندنا، وعلى أنه لو اعتبر فيه ذلك؛ لم يخصصه بلفظ بعينه إذا فهم منه المقصود، ألا ترى أن في العقود ما خصص بأشياء تفارق غيره، ولم يخرجه ذلك عن نظرائه، ولم [يقصر][1] فيه على لفظ واحد، من ذلك عقد الصرف، والسلم، والمضاربة، والمساقاة، وما أشبه ذلك، ثم لو قال: قد صارفتك؛ كان كقوله: بعتك، وقد أعطيتك هذا بهذا، وكذلك لو قال: قد أسلمت إليك هذه الدراهم في كذا كذا؛ كان كقوله: قد بعتك، وقد أعطيتك، فالباب كله في هذا واحد.

ويجوز أن يقال: إن لفظ الهبة يقع بها التمليك إذا ذكر معها العوض، فوجب أن يقع بها النكاح إذا ذكر الصداق، دليله إذا قال: قد أنكحتكها، أو زوجتكها.

فإن قيل: إن لفظ النكاح والتزويج لا يفتقر إلى ذكر الصداق، وهذه الألفاظ تفتقر إلى ذكره.

قيل: لا يمتنع أن يكون ذكر النكاح والتزويج من أخص أسمائه؛ [لأنهما][2] لا يختصان إلا بهذا المعنى فقط، فمتى عريا بإطلاقهما عن ذكر الصداق؛ فُهم المراد منهما، وسائر الألفاظ موضوعها لغير النكاح، فإذا أطلقت؛ لم يفهم منها المعنى المقصود، فإذا ذكر معها الصداق؛ فهم المقصود منها، ولم تقع مبهمة.

فإن فهم المقصود بلفظ الهبة وأنهم يريدون التزويج مع [الصداق][3]؛

---

(١) في الأصل: يقصد.
(٢) في الأصل: لأنها.
(٣) بالأصل: الطلاق، والصواب ما أثبتّه.

صح، وقد قلنا: إن العوض يفهم أنهم قصدوا النكاح بذلك.

فإن قيل: فإن لفظة الهبة يقع بها الفرقة إذا قال الزوج: وهبتك لنفسك، أو لأهلك، فلا ينبغي أن يقع بها النكاح كالطلاق.

[قيل][(١)]: لفظ الهبة يقع بها الملك، ولهذا هي موضوعة، فإذا قال الولي: «وهبتها منك»؛ فهو كقوله: وهبت لك هذا الثوب، وإذا قالها الزوج (١٤٤) للمرأة وأراد الطلاق؛ فقد ملكها نفسها، غير أنه يفهم منها من جهة الولي أنه قد ملكها للزوج كما يملكه بلفظ النكاح، ويفهم بها من جهة الزوج للزوجة أنه قد ملكها نفسها كما يملكها بالطلاق، فليس يخرج موضوع الهبة عن التمليك منها، والطلاق يختص به الزوج، فهو صريح في الحل من جهته.

على أن لفظ البيع لما كان [للتمليك][(٢)]؛ كان كالهبة، فلا فرق بين أن يقول لزوجته: قد وهبتك لنفسك، وبين أن يقول لها: قد بعتك، فيكون خلفا، فإذا قال الولي للخاطب: بعتكها بصداق كذا؛ فهو كقوله: وهبتكها بكذا.

فإذا ثبت لنا النكاح بلفظ الهبة على ما بينا؛ ثبت لنا في البيع مثله.

فإن قيل: فإن [العرف][(٣)] لم يرد إلا بلفظ النكاح والتزويج، ولم يتزوج النبي ﷺ إلا بهذين اللفظين.

قيل: هذا لا يمنع من إلحاق غيرهما بهما، وقد ذكرنا دلائل.

---

(١) في الأصل: مثل.

(٢) في الأصل: التمليك.

(٣) في الأصل: الفرق.

وما ذكروه من القياسات؛ فقد ذكرنا بإزائه ما يعارضه.

وعلى أن كل لفظ يذكر معه الصداق يفيد ما يفيد لفظ النكاح، إذا كان ظاهره يفيد التمليك مؤبدا.

فإذا ثبت هذا؛ قلنا: فكذلك إن لم يُذكَر معه المهر، وعلم منه أنهم يقصدون به النكاح؛ فإنه يصح. وبالله التوفيق.

مَسْأَلَة (٢٤):

ولا يجوز لأحد أن يجمع بين أكثر من أربع نسوة في النكاح، وهو عندنا إجماع[١].

وقال قوم لا يُعَدون خلافا: إنه يجوز الجمع بين تسع[٢].

وقال قوم: يجوز أي عدد كان، قليلا وكثيرا[٣].

---

(١) وممن نقل الإجماع إمام الحرمين في نهاية المطلب (١٨٥/١٢) وابن قدامة في المغني (٢٧٧/٩ ـ ٢٧٩) وابن حجر في الفتح (٣٩٤/١١ ـ ٣٩٥) وابن الهمام في شرح فتح القدير (٢٢٩/٣ ـ ٢٣٢) وابن حزم في المحلى (٧/٩) وانظر الأم (١٣٠/٦ ـ ١٣١) الإشراف (٣١٣/٣ ـ ٣١٤) بداية المجتهد (٢٧٧/٤).

(٢) وهو مذهب بعض الشيعة كما قال إمام الحرمين في نهاية المطلب (١٨٥/١٢) وقال الشوكاني في النيل (١٥٣/٦): «وحكي ذلك عن ابن الصباغ والعمراني وبعض الشيعة، وحكي أيضا عن القاسم بن إبراهيم، وأنكر الإمام يحيى الحكاية عنه، وحكاه صاحب البحر عن الظاهرية وقوم مجاهيل».

(٣) قال القرطبي في الجامع (٢٠/٥): «اعلم أن هذا العدد مثنى وثلاث ورباع لا يدل على إباحة تسع، كما قاله من بعُد فهمه للكتاب والسنة، وأعرض عما كان عليه سلف هذه الأمة،=

والدليل لقولنا والجماعة؛ هو أن الفروج على الحظر حتى يقوم الدليل، فقام في الأربع ولم يقم فيما زاد.

وأيضا فإنهم محجوجون بالإجماع الذي لا يُعَد خلافُ من شذ عنه ممن لا يعتد به(١).

وأيضا ما روي أن غيلان أسلم وتحته عشر نسوة فقال له [النبي ﷺ: أمسك أربعا وفارق سائرهن»(٢).

= وزعم أن الواو جامعة، وعضد ذلك بأن النبي ﷺ نكح تسعا، وجمع بينهن في عصمته، والذي صار إلى هذه الجهالة، وقال هذه المقالة؛ الرافضة وبعض أهل الظاهر، فجعلوا مثنى مثل اثنين، وكذلك ثلاث ورباع، وذهب بعض أهل الظاهر أيضا إلى أقبح منها، فقالوا بإباحة الجمع بين ثمان عشرة تمسكا منه بأن العدل في تلك الصيغة يفيد التكرار، والواو للجمع، فجعل مثنى بمعنى اثنين اثنين، وكذلك ثلاث ورباع، وهذا كله جهل باللسان والسنة، ومخالفة لإجماع الأمة، إذ لم يسمع عن أحد من الصحابة ولا التابعين أنه جمع في عصمته أكثر من أربع».

وانظر شبههم والجواب عنها في نيل الأوطار (٦/٥٣ ـ ٥٤) تكملة المجموع (٤٣٤ ـ ٤٣٥).

(١) قال الشوكاني في نيل الأوطار (٦/١٥٣): «هذا الخلاف مسبوق بالإجماع على عدم جواز الزيادة على الأربع».

(٢) أخرجه الترمذي (١١٢٨) وابن ماجه (١٩٥٣) وأحمد (٢/١٣) وابن حبان (١٢٧٧) والبيهقي (٧/٢٩٤) وقال الحافظ في التلخيص (٣/١٦٨): «حكم مسلم في التمييز على معمر بالوهم فيه، وقال ابن أبي حاتم عن أبيه وأبي زرعة: المرسل أصح، وحكى الحاكم عن مسلم أن هذا الحديث مما وهم فيه معمر بالبصرة، وقال: فإن رواه عنه ثقة خارج البصرة؛ حكمنا له بصحته، وقد أخذ ابن حبان والحاكم والبيهقي بظاهر هذا الحكم، فأخرجوه من طرق عن معمر من حديث أهل الكوفة وأهل خراسان وأهل اليمامة عنه.

قلت: ولا يفيد ذلك شيئا؛ فإن هؤلاء كلهم إنما سمعوا منه بالبصرة، وإن كانوا من غير أهلها، وعلى تقدير تسليم أنهم سمعوا منه بغيرها، فحديثه الذي حدث به في غير بلده مضطرب؛ لأنه كان يحدث في بلده من كتبه على الصحة، وأما إذ رحل فحدث من حفظه=

وأيضا حديث نوفل بن معاوية أسلم وتحته خمس نسوة فقال له][1] النبي ﷺ: «فارق واحدة، (١٤٥) قال: فعمدت إلى أقدمهن صحبة ففارقتها»[2].

= بأشياء وهم فيها، اتفق على ذلك أهل العلم به كابن المديني، والبخاري، وأبي حاتم، ويعقوب بن شيبة، وغيرهم، وقد قال الأثرم عن أحمد: هذا الحديث ليس بصحيح، والعمل عليه، وأعله بتفرد معمر بوصله وتحديثه به في غير بلده هكذا، وقال ابن عبد البر: طرقه كلها معلولة، وقد أطال الدارقطني في العلل تخريج طرقه، ورواه ابن عيينة ومالك عن الزهري مرسلا، وكذا رواه عبد الرزاق عن معمر، وقد وافق معمرا على وصله بحر بن كثير السقا عن الزهري، لكن بحر ضعيف، وكذا وصله يحيى بن سلام عن مالك، ويحيى ضعيف». اهـ

وقال الألباني: «لكن لم يتفرد معمر بوصله، فقد رواه سرار أبو عبيدة العنزي عن أيوب، عن نافع وسالم عن ابن عمر به. رواه البيهقي (٢٩٦/٧ ـ ٢٩٧).. فهو شاهد جيد، ودليل قوي على أن للحديث موصولا أصلا عن سالم عن ابن عمر..» الإرواء (٢٩١/٦ ـ ٢٩٤).

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والذي دل على ذلك ما ذكره من حديث غيلان أنه أسلم وتحته عشر نسوة، وهذا لا يتناسب مع قوله ﷺ فيما بعد: فارق واحدة، لأنه ينبغي أن يفارق ستا لا واحدة، والمقصود أن في المسألة حديثين: حديث غيلان، وحديث نوفل.

(٢) أخرجه الشافعي في الأم (١٣١/٦) والبيهقي (٢٩٩/٧) وفي إسناده رجل مجهول؛ لأن الشافعي قال: أنبأنا من سمع محمد بن عبد الرحمن، وكذا عند البيهقي.

وفي الباب من حديث قيس بن الحارث، وقيل: الحارث بن قيس، أخرجه أبو داود (٢٢٤١) والبيهقي (٢٩٨/٧) وقال ابن التركماني: «والصواب أنه قيس بن الحارث كما حكاه أبو داود عن أحمد بن إبراهيم، وقد ذكره عنه البيهقي في هذا الباب، وكذا قال صاحب التمهيد وصاحب الكمال، وذكره في حرف القاف في ترجمة قيس، وكذا فعل ابن أبي خيثمة في تاريخه، والمزي في أطرافه، ـ قلت: وكذا الحافظ ابن حجر في التقريب ـ ثم مع هذا الاضطراب فيه اضطراب في حميضة، فقيل: ابن الشمردل، وفي سنن ابن ماجه بنت الشمردل، وفي الضعفاء للذهبي حميضة لا يصح حديثه، وقال البخاري: فيه نظر». هامش السنن الكبرى (٢٩٨/٧).

قلت: وفيه أيضا ابن أبي ليلى ضعفه غير واحد من الأئمة. وفي الباب أيضا عن عروة بن مسعود أخرجه البيهقي (٢٩٨/٧ ـ ٢٩٩) وقال المقدسي: رجاله ثقات، إلا أن عروة الثقفي قتلته ثقيف في زمان رسول الله ﷺ، ومحمد بن عبيد الله لم يدركه. انظر الإرواء (٢٦٥/٦).

فالدلالة من هذا هو أن النبي ﷺ قطع استدامة نكاح الزيادة على أربع، والمخالف يجوزه، فدل ذلك على ما ذكرناه.

فإن قيل: فإن الله تعالى قال: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾(١).

فظاهره يقتضي أنه يجوز الضم بين الأعداد الثلاثة، وهي: المثنى، والثلاث، والرباع، فيكون تسعا.

قالوا: ولأن الله تعالى أمرنا بالاقتداء برسوله ﷺ فقال: ﴿لَّقَدۡ كَانَ لَكُمۡ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسۡوَةٌ حَسَنَةٞ﴾(٢)، ومات ﷺ عن تسع(٣)، فدل أنه يجوز الجمع بين ذلك العدد تأسيا به ﷺ.

قيل: أما الآية في قوله تعالى: ﴿مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾؛ فالمراد به التخيير بين الأعداد الثلاثة، [ولا يراد به](٤) الجمع من وجهين:

أحدهما: أنه لو أراد الجمع بين تسع؛ لم يعدل عن لفظ الاختصار، وكان يقول: فانكحوا ما طاب لكم إلى تسع(٥)، فلما عدل عن ذلك وقال: ﴿مَثۡنَىٰ

---

(١) سورة النساء، الآية (٣).

(٢) سورة الأحزاب، الآية (٢١).

(٣) أخرجه البخاري من حديث ابن عباس (٥٠٦٧) ومسلم (٥١/١٤٦٥) وأخرج نحوه البخاري (٥٠٦٨) من حديث أنس. وقال ابن الملقن: «هذا صحيح مشهور لا يحتاج إلى عزو، وفي الأحاديث المختارة للضياء المقدسي من حديث أنس أنه ﷺ تزوج خمس عشرة، ودخل منهن بإحدى عشرة، ومات عن تسع، وقد ذكرت عددهن مع الخلاف مستوفى في كتابي: نهاية السول في خصائص الرسول». البدر المنير (٦/٤٦٦ ـ ٤٦٧).

(٤) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل.

(٥) ومن قال غير هذا فقد جهل اللغة العربية. قاله ابن القدامة (٩/٢٧٩).

وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾؛ صار تقديره من مثنى وثلاث ورباع[1]، [فيفيد] التخيير كقوله تعالى: ﴿فَاطِرِ ٱلسَّمَٰوَٰتِ وَٱلۡأَرۡضِ جَاعِلِ ٱلۡمَلَٰٓئِكَةِ رُسُلًا أُوْلِيٓ أَجۡنِحَةٖ مَّثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾[2].

قيل في التفسير: من الملائكة من له أجنحة مثنى، ومنهم من [له][3] أجنحة ثلاثا ثلاثا، ومنهم من له أجنحة رباعا رباعا، وليس من له أجنحة تسعا تسعا.

والوجه الثاني: هو أنه تعالى قال: ﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً﴾، واللغة لا توقع التخيير بين متباعدين متباينين [لا][4] يكون بينهما تقارب، وإنما توقع التخيير بين متقاربين، فلا يجوز أن يقول: «فإن خفتم أن لا تعدلوا في التسع فواحدة»؛ لأنه يصير بمنزلة من يقول: إن خفت أن تخرج إلى مكة على طريق الكوفة فامض إليها على طريق الأندلس أو الصعيد، وبالقرب من الكوفة طرق كثيرة لا يخاف منها، فعلم أنه أراد التخيير بين الإثنين والثلاث والأربع][5]. (١٤٦)

وأما قولهم: «إنه ﷺ مات عن تسع[6]، وأن لنا التأسي به»؛ فإننا نقول:

---

(١) لم يرتض الإمام الشوكاني الاستدلال بهذه الآية على الحكم المذكور مِن قِبل الجمهور؛ لأن اللفظ العربي لا يساعد على ذلك، وأن أولى ما يستدل به على ذلك هو السنة والإجماع. انظر نيل الأوطار (١٥٣/٦) وفتح القدير له عند تفسيره لهذه الآية.

(٢) سورة فاطر، الآية (١) وقال ابن حجر في الفتح (٣٩٥/١١): «وهو ظاهر في أن المراد به تنويع الأعداد، لا أن لكل واحد من الملائكة مجموع العدد المذكور».

(٣) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٤) ساقط من الأصل، ويدل عليه ما بعده.

(٥) بالأصل: والاثنين وبين الاثنين والثلاث.

(٦) تقدم تخريجه (٥٣٨/٥).

إنه ﷺ كان أفضل البرية، وكان يؤمَن منه الجور، ويقع منه العدل، فقال: «حبب إلي من دنياكم ثلاث، فذكر النساء»(١)، وكان مخصوصا بالزيادة في العدد لما ذكرنا(٢)، كما خص بأن لا يُنكَح أزواجه من بعده.

وعلى أنه ﷺ كان مباحا له ما شاء من العدد، وإنما اتفق أنه مات ﷺ وفي حباله تسع، فإذا كان كذلك؛ صح ما ذكرناه والله أعلم.

فإن قاسوا ما زاد على الأربع بمعنى يذكرونه؛ **فإن القياس يَسقط مع النص**، وهو ما فعله ﷺ مع غيلان ونوفل(٣).

---

(١) أخرجه أحمد (١٢٨/٣) والبيهقي (١٢٤/٧ ـ ١٢٥) وغيرهما، وحسن إسناده الحافظ في التلخيص (١١٦/٣).
تنبيه: قوله «ثلاث»: هذه اللفظة ليست في شيء من كتب الحديث كما نبه عليه العراقي والزركشي، وهي زيادة مخلة بالمعنى؛ فإن الصلاة ليست من الدنيا، وكذا أشار ابن حجر في تخريجه للكشاف. ذكره المناوي في فيض القدير (٣٧٠/٣).

(٢) ألا ترى أنه جمع بين أربعة عشر. قاله ابن قدامة في المغني (٢٧٩/٩) وقد تقدم ما أخرجه الضياء أنه ﷺ تزوج بخمس عشرة.

(٣) تقدم تخريجهما (٥٣٦/٥ ـ ٥٣٧).
فائدة: قال القرافي: «ومضارة المرأة بأخرى بجمعها معها في حال الوطء وسيلة الشحناء في العادة، ومقتضى ذلك التحريم مطلقا، وقد فعل ذلك في شريعة عيسى ﷺ، فلا يتزوج الرجل إلا المرأة الواحدة تقديما لمصلحة النساء، ودفعا للشحناء، وعكس ذلك في التوراة فجوز الجمع غير محصور في عدد تغليبا لمصلحة الرجال على مصلحة النساء، وجمع بين المصلحتين في شريعتنا المفضلة على سائر الشرائع بين مصلحة الرجال، فشرع لهم أربع حرائر مع التسري، ومصالح النساء، فلا تضار زوجة منهن بأكثر من ثلاث، لما كانت الثلاث مغتفرات في مواطن كثيرة؛ اغتفرت هاهنا، فتجوز هجرة المسلم ثلاثا، والإحداد على غير الزوج ثلاثا، والخيار ثلاث، ونحو ذلك». الذخيرة (٢٦٠/٤).

مَسْأَلَة (٢٥):

ويجوز للعبد أن يجمع بين أربع زوجات كالحر(١).

وهو قول ربيعة، وأبي ثور، والزهري(٢).

(١) وهو المشهور من المذهب كما في مناهج التحصيل (٣/٣٧٥) وانظر أيضا الإشراف (٣/٣١٤ ـ ٣١٥) تهذيب المسالك (٢/٣٩٤ ـ ٣٩٧) بداية المجتهد (٤/٢٧٧).
فائدة: قال الرجراجي: «وأمر العبد في أحكام الشريعة على أربعة أقسام: قسم منها هو فيه على المساواة بينه وبين الحر بلا خلاف.
وقسم منها يكون العبد فيه على النصف من الحر بلا خلاف.
وقسم منها مختلف فيه هل العبد فيه على النصف أو على المساوة.
وقسم منها العبد فيه مخالف للحر، يجب على الحر ولا يجب على العبد.
فأما القسم الأول الذي كان العبد فيه على المساواة مع الحر: وذلك في الصلوات الخمس، وصيام شهر رمضان، ولا خلاف بين المسلمين في ذلك، وجميع ما يجوز للعبد أن يكفر به على ظاهر المذهب.
وأما القسم الثاني الذي كان فيه العبد على النصف من الحر مثل: حد الزنا، فلا خلاف فيه بين العلماء أن العبد فيه النصف من الحر، لقوله تعالى: ﴿فَعَلَيْهِنَّ نِصْفُ مَا عَلَى ٱلْمُحْصَنَٰتِ مِنَ ٱلْعَذَابِ﴾، والعبد مساو للأمة في ذلك بلا خلاف، ومثل الطلاق والعدة عندنا أيضا، لأن طلاق العبد عندنا على النصف من طلاق الحر، إلا أن الطلقة لا تتبعض فكملت عليه تطليقتان.
وأما القسم الثالث المختلف فيه: هل العبد مساو للحر، أو مخالف له؛ فمثل ما يباح له من عدد النساء في النكاح، فقد اختلف فيه المذهب على قولين..
وأما القسم الرابع الذي يجب على الحر ولا يجب على العبد؛ كالزكاة والحج، فلا خلاف أن العبد غير مخاطب بالزكاة ولا بالحج، وإن كانت عنده أموال وافرة، ما دام في قيد الرق، وكذلك العتق في الأيمان عندنا أيضا فإنه غير مخاطب به أيضا، فهذا مما يجب على الحر ولا يجب على العبد والحمد لله». مناهج التحصيل (٣/٣٧٤ ـ ٣٧٧) وانظر أيضا الذخيرة (٤/٢٠٦٥).

(٢) المغني (٩/٢٧٩ ـ ٢٨١).

وقد حكي عن ابن وهب أن مالكا قال: لا يجوز أن يجمع بين أكثر من ثنتين[1].

وهذا مثل قول أبي حنيفة، والشافعي[2].

وهو قول الثوري وأحمد بن حنبل[3].

والدليل لجوازه هو أن العقد على الثالثة قد حصل إذا أوقعه، وقد قال تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[4].

فإن قيل: لا نسلم أن العقد قد حصل حتى يجب الوفاء به.

قيل: العقد في اللغة هو الإيجاب والقبول، وقد وجد، فالوفاء به يتعلق؛ **لأن الأحكام تتبع الاسم اللغوي إلا أن تقوم دلالة.**

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَاءَ ذَٰلِكُمْ﴾[5].

ولم يخص عددا من عدد، ولا عبدا من حر.

---

(١) الاستذكار (١٤/٣٦٥) وهو مروي عن اللخمي. انظر الذخيرة (٤/٢٠٥).

(٢) انظر الأم (٦/١١٣ ـ ١١٤) شرح فتح القدير (٣/٢٣١ ـ ٢٣٢).

(٣) المغني (٩/٢٧٩ ـ ٢٨١) وإليه ذهب ابن حزم في المحلى (٩/١١) ورجحه الشوكاني في النيل (٦/١٥٤).

وسبب اختلافهم؛ هل العبودية لها تأثير في إسقاط هذا العدد كما لها تأثير في إسقاط نصف الحد الواجب على الحد في الزنا، وكذلك في الطلاق عند من رأى ذلك؛ وذلك أن المسلمين اتفقوا على تنصيف حده في الزنا، أعني أن حده نصف حد الحر، واختلفوا في غير ذلك. بداية المجتهد (٤/٢٧٧).

(٤) سورة المائدة، الآية (١).

(٥) سورة النساء، الآية (٢٤).

فإن قيل: فإنه قال: ﴿أَن تَبْتَغُواْ بِأَمْوَٰلِكُم﴾، والعبد لا مال له، فدل أنه أراد الأحرار.

قيل: العبد عندنا يملك، إذا كان معه مال فهو له.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[(١)] بعد قوله تعالى: ﴿وَتُوبُوٓاْ إِلَى ٱللَّهِ جَمِيعًا أَيُّهَ ٱلْمُؤْمِنُونَ لَعَلَّكُمْ تُفْلِحُونَ﴾[(٢)]. (١٤٧)

فهو عام في أن ينكح أيا منا من حر وعبد، ولم يخص عددا من عدد.

وكذلك قوله: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَٰمَىٰ مِنكُمْ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنْ عِبَادِكُمْ﴾[(٣)]، ولم يقل بعدد دون عدد، فهو عموم.

وأيضا قول النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[(٤)] يدل على أنه إذا عقد بولي؛ كان نكاحا، سواء كانت ثانية أو ثالثة.

وقوله عليه السلام: «لا ينكح المحرم»[(٥)]، دليله أنه ينكح إذا لم يكن محرما ثانية كانت أو ثالثة.

ولنا أيضا قوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلنَّاسُ ٱتَّقُواْ رَبَّكُمُ﴾ إلى قوله: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُواْ فِي ٱلْيَتَٰمَىٰ فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثْنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾[(٦)].

---

(١) سورة النور، الآية (٣٢).
(٢) سورة النور، الآية (٣١).
(٣) سورة النور، الآية (٣٢).
(٤) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).
(٥) تقدم تخريجه (٥/٤٨٦).
(٦) سورة النساء، الآيات (١ ـ ٢ ـ ٣).

ولم يفرق بين حر وعبد في ذلك[1].

فإن قيل: الآية خطاب للأحرار، والدلالة عليه من وجوه:

[أحدها][2]: استفتح الخطاب بالحر فقال: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تُقْسِطُوا فِي الْيَتَامَىٰ﴾، والعبد لا ولاية له على اليتيم.

والثاني: أنه قال: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ لَكُم﴾، فأطلق ذكر النكاح، والعبد ليس بمطلق في النكاح[3].

والثالث: أنه قال: ﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا تَعْدِلُوا فَوَاحِدَةً أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ﴾، فخير بين ملك اليمين وبين الواحدة، ولا يكون العبد مخيرا عندنا وعندكم بين ملك اليمين وبين النكاح، وإنما سيده مخير، فدل على ما ذكرناه.

قيل: جميع ما ذكرتموه لا يلزمنا منه شيء؛ وذلك أن العبد يكون له ولاية على اليتيم، ويصح أن يكون [وصيا][4].

وقوله: ﴿فَانكِحُوا مَا طَابَ﴾ فإن العبد عندنا مطلق في النكاح، ويكون عقده موقوفا على إجازة السيد أو فسخه.

على أنه لو قال: «فانكحوا ما طاب لكم إذا أطلقتم في النكاح»؛ يصح، فهو عموم تقديره: «ما طاب لكم إن احتجتم إلى إذن وإن لم تحتاجوا».

---

(١) انظر المحلى (٩/١١).

(٢) ساقطة من الأصل.

(٣) لأنه لا يتزوج إلى بأمر سيده كما سيأتي.

(٤) في الأصل: وصياؤه.

والجواب عن الثالث: هو أن العبد مخير بين ملك اليمين وبين نكاح واحدة؛ لأنه عندنا يملك ويطأ بملك اليمين بغير إذن سيده، وليس سيده مخيرا (١٤٨) بين ذلك؛ لأننا وإن قلنا: إن السيد يُجبِر عبده على النكاح؛ فليس له أن يجبره على أن يملك، أو يطأ بملك اليمين.

فإن قيل: فإن قوله تعالى: ﴿مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾ أي ما أحل لكم، فبيِّنوا أن ذلك حلال للعبد حتى يدخل تحت الأمر(١).

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أن الآية مفتتحة بذكر الناس، والعبد من جملة الناس، فقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم﴾ لم يخص حرا من عبد، فما توجه إلى الحر؛ فمثله إلى العبد.

والثاني: أن أمره تعالى بالنكاح لا يكون أمرا إلا بما يحل، فقوله: ﴿مَا طَابَ لَكُم﴾ أي ما تستطيبونه، ولو أراد ما قلتم؛ لكان تقديره: «النكاح حلال فانكحوا ما حل لكم»، وهذا لغو من الكلام.

فإن قيل: المراد بالآية الأحرار؛ لأن نفقة زوجة العبد على السيد وهو المطالب.

قيل: بل النفقة على العبد من فوائد تطرأ له من مكاسبه(٢)، لا من مال سيده.

---

(١) لأنه إنما يتناول إنسانا متى طابت نفسه إلى امرأة قدر على نكاحها، والعبد ليس كذلك؛ لأنه لا يجوز له النكاح إلا بإذن سيده. تكملة المجموع (١٩/٤٣٣).

(٢) تقدمت هذه المسألة (٥/٤٣٢).

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿ذَٰلِكَ أَدۡنَىٰٓ أَلَّا تَعُولُواْ﴾ أي يكثر عيالكم[1]، والعبد لا يعول شيئًا.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أنه قيل في تفسيره: أن لا تجوروا، والعبد يكون منه الجور كالحر.

والثاني: أن العبد إذا تزوج؛ فالنفقة عليه لزوجاته، فيكثر عياله.

فإن قيل: فقد قال: ﴿وَءَاتُواْ ٱلنِّسَآءَ صَدُقَٰتِهِنَّ نِحۡلَةٗ﴾[2] والعبد سيده يؤتي النساء الصداق.

قيل: الصداق على العبد لا على سيده.

فإن قيل: فقد قال: ﴿فَإِن طِبۡنَ لَكُمۡ عَن شَيۡءٖ مِّنۡهُ نَفۡسٗا فَكُلُوهُ هَنِيٓـٔٗا مَّرِيٓـٔٗا﴾[3].

والعبد لا يمكنه أن يأكل ذلك.

قيل: العبد عندنا يملك ما يأخذه من المرأة ويأكل منه، ولا يستأذن سيده، ويطأ منه بملك اليمين بغير إذنه.

على أننا لو سلمنا لهم جميع ما ذكروه؛ لم يمتنع أن يكون أول الآية

---

(١) وهو تفسير الشافعي ـ ﷺ ـ كما في الأم (١١٣/٦) وبه قال غيره من أهل التفسير، بناء على أن عال هنا بمعنى كثر، وقيل: عال هنا بمعنى جار ومال، وهو اختيار أكثر المفسرين، وذهب ابن القيم إلى أن هذا المعنى الثاني هو المتعين هنا من عشرة أوجه. راجعها في تحفة المودود ص (١٥ ـ ١٨).

(٢) سورة النساء، الآية (٤).

(٣) سورة النساء، الآية (٤).

في قوله: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم﴾ عموما، ثم يكون آخرها خصوصا بدليل، وقد ذكرنا أدلة.

ولنا أيضا أن نقول: إن النكاح طريقه الملاذ والشهوات، كالأكل، (١٤٩)
والشرب، والطيب، واللباس، [لأن][1] فيه استمتاعا، ولم يقصر العبد عن الحر في ذلك، بل هو مباح لهما.

وأيضا فإننا رأينا العبد في باب المناكح قد وسع له ما لم يوسع للحر، من ذلك أنه يتزوج الأمة من غير خوف عنت، ويتزوجها على الحرة، والحر لا يتزوجها إلا خوف العنت، فلما وسع له في النكاح؛ جاز أن يساوي الحر في نكاح أربع.

ألا ترى أنهما قد استويا في تحريم الأعيان من الأمهات وغيرهن، وكذلك هما في تحليل الأعيان المباحة.

فإن قيل: هذا باطل كله؛ لأن العبد قد ساوى النبي عليه السلام فيما طريقه الملاذ والشهوات، والنبي ﷺ لا يتزوج بأمة، وهو يتزوج بأمة، وقد حرم على النبي ﷺ الأمهات كالعبد، ثم لم يساوه في العقد.

قيل: نحن نعلم أن النبي ﷺ قد أبيح له أن يتزوج أكثر من أربع، والحر ليس كذلك ولا العبد، وإنما غرضنا أن نسوي بين الحر والعبد، وهما منقوصان عن رتبة النبي ﷺ.

ألا ترى أن الحر يتزوج الأمة كما يتزوجها العبد، والنبي ﷺ لا يجوز

---

(١) ساقطة من الأصل.

له ذلك، فلما كان للحر أن يتزوج أربعا؛ كان العبد مثله.

وأيضا فإن العبد مسلم سليم من الآفات، فجاز أن يكون له أربع، مع كونه بالغا، عاقلا؛ كالحر.

أو نقول: هو ذكر مسلم، فما جاز للحر من ذلك؛ جاز له مثله.

وأيضا فإن هذه المسألة لا تخلو أن تكون أصلا أو فرعا، وقد ثبت أنها ليست بأصل بحصول الخلاف فيها، وأنه لا نص عليها، فوجب أن تكون فرعا أصلها الحر.

وأيضا فإن الأمر في الأنكحة المقصود منها الإعفاف، وتحصين الفروج، وابتغاء النسل، وهذا يستوي فيه الحر والعبد.

وأيضا فإن الحر والعبد قد استويا في شرائط النكاح، فيجب أن يستويا في العدد.

فإن قيل: فقد قال تعالى (١٥٠): ﴿هَل لَّكُم مِّن مَّا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُم مِّن شُرَكَآءَ فِي مَا رَزَقْنَٰكُمْ فَأَنتُمْ فِيهِ سَوَآءٌ﴾[١].

فنفى الله تعالى المساواة بيننا وبين ملك أيماننا، فيقتضي نفي المساواة بيننا من جميع الوجوه؛ لأنه تعالى أراد: أن عبيدكم لما لم يساووكم فيما رزقناكم؛ كذلك أنتم لا تساووني فيما أملكه.

قيل: إنما أراد نفي المساواة في الملك، ألا ترى إلى قوله: ﴿تَخَافُونَهُمْ

(١) سورة الروم، الآية (٢٧).

كَخِيفَتِكُمْ أَنفُسَكُمْ﴾[1]، وهم لا يساووننا مساواة نخافهم فيها ؛ لأن ملكهم ناقص عن ملكنا ؛ لأن العبد عندنا يملك، ولكنه ملك غير مستقر ؛ لأن للسيد أن ينتزع ماله، [بدليل][2] أنهم يملكون ملكا لا نخافهم فيه كما يخاف الواحد منا من ليس بعبد له.

وهذا لا يتوجه إلى التزويج، ولو توجه إلى التزويج أيضا حتى يتزوج [من العدد مثلنا][3] ؛ لم يشاركونا في أزواجنا، وهذا موضع المخالفة، فأما أن يحل لنا نكاح أربعة ولهم مثله ؛ فليس هاهنا شركة، ألا ترى أن الحرة قد قصرت على زوج واحد، حرا كان أو عبدا، والأمة تساويها في ذلك، وليس هذه شركة، ولا فيها مخالفة، وإنما هذا مثل ضربه الله ﷻ لمن جعل له شركاء آلهة أضدادا فقال: الأصنام وكل من تجعلون شركاء هو ملك لي، كما أنكم وما تملكونه ملك لي، ألا ترون أني قد ملكتكم رقاب العبيد، فإذا ملكتموهم ملكا لم يساووكم فيه ؛ لأنهم ملك لكم وما يملكونه، كذلك أنتم وما ملكتكم إياه ملك لي ملك تام، كما أن عبيدكم وما ملكتموه ملك لكم أتم من ملكهم لما ملكتموهم إياه، فعبيدكم ليسوا بشركاء لكم فيما تملكونه، كذلك أنتم ومن تجعلونه شريكا لي ليس بشركاء لي فيما أملكه.

على أن العبد ليس مساويا للحر في نفس التزويج بأربع ولا شريك ؛ لأن نكاح العبد موقوف على إجازة سيده، أو على فسخه، وإن تزوج أربعا، ولا يعقد ابتداء إلا بإذن سيده، فإذا أذن له ؛ جاز أن يتزوج أربعا، والحر لا يعقد

---

(١) سورة الروم، الآية (٢٧).

(٢) في الأصل: فدليلهم.

(٣) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

نكاحه على ذلك. (١٥١)

فإن قيل: فقد ساوى الحر في العقد.

قيل: كما ساوت الأمة الحرة في التزويج بحر وعبد، ولم تقصر الآية على عبد دون حر.

ثم لو ثبت العموم في نفي المساواة؛ لم يمتنع تخصيصه بدليل، وقد ذكرنا أدلة.

فإن قيل: فإن المسألة فيها إجماع الصحابة وهو العمدة؛ لأنه روي عن علي رضي الله عنه أنه قال: «ينكح العبد اثنتين»(١).

وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قال: «ينكح العبد اثنتين، ويطلق تطليقتين، وتعتد الأمة حيضتين»(٢).

وروي عن عبد الرحمن بن عوف أنه قال: «لا ينكح العبد إلا اثنتين»(٣).

فحصل من هؤلاء الثلاثة أنه لا ينكح إلا ثنتين(٤).

وروى [ليث بن أبي سليم](٥) عن الحكم: «أجمع أصحاب رسول الله ﷺ على أن العبد لا ينكح إلا اثنتين»(٦).

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٢٧٠) والبيهقي (٧/٢٥٦).

(٢) أخرجه عبد الرزاق (١٣١٣٤) وابن أبي شيبة (١٦٢٧٧) وابن عبد البر في الاستذكار (١٤/٣٦٦) والبيهقي (٧/٢٥٥).

(٣) أخرجه عبد الرزاق (١٣١٣٥) وابن عبد البر في الاستذكار (١٤/٣٦٦).

(٤) وقال ابن عبد البر: «ولا أعلم لهم مخالفا من الصحابة». الاستذكار (١٤/٣٦٥).

(٥) في الأصل: الليث بن سعد، وهو خطأ، والصواب ما أثبته كما في مصادر التخريج.

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٢٧٩) والبيهقي (٧/٢٥٦) وانظر تنقيح التحقيق (٤/٣٤٤).

فدل على ما ذكرناه.

قيل: إنما يثبت الإجماع بأحد أمرين: إما أن يعلم أن القول قول للجماعة[1]، أو أن يظهر وينتشر القول من بعضهم فيما بينهم، وينقرض العصر عليه، فيصير كالإجماع[2] وإن كنا نخالف في هذا، ويختلف الفقهاء فيه، ولسنا نعلم أن هذا قول جماعتهم، ولا أنه انتشر فيما بينهم حتى لا يحصل فيه مخالف، وانقرض العصر عليه، وكيف يكون كذلك ومذهب أهل المدينة [على خلافه][3].

ويجوز أن تتأول أقاويلهم أن هذا على طريق الاستحباب في أن لا يزيد على ثنتين، والكراهية للزيادة بدليل، كما يعمل فما يروى عن النبي ﷺ، وهذا ممكن.

فإن قيل: فإنه أمر ذو عدد يبنى على التفضيل، فوجب أن لا يستأذن

---

(١) وهذا الإجماع المحتج به اتفاقا.

(٢) وهو ما يسمى بالإجماع السكوتي، واختلف فيه إذا لم يظهر على الساكتين شيء سوى السكوت على ثلاثة مذاهب: الأول: أنه ليس بإجماع ولا حجة، وبه قال الغزالي وغيره، والثاني: أنه إجماع بعد انقراض العصر، وبه قال الإمام أحمد، وهو أحد الوجهين عند الشافعية، وهو الذي رجحه المؤلف هنا، والثالث: أنه حجة وليس إجماعا، وذهب إليه أبو هاشم بن أبي علي، وهو المشهور عند الشافعية.
وإليه أشار صاحب المراقي بقوله:

وجعل من سكت مثل من أقر ... فيه خلاف بينهم قد اشتهر
فالاحتجاج بالسكوتي نمى ... تفريعه عليه من تقدما
وهو بفقد السخط والضد حري ... مع مضي مهلة للنظر

انظر نثر الورود (٢٩٠ ـ ٢٩١) والإبهاج في شرح المنهاج (٢/١٣٥٩ ـ ١٣٦٢).

(٣) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل.

العبد الحر فيه، أصله الطلاق والعدد والحدود.

وأيضا فإن كل أمر يبنى على التفضيل؛ فإن العبد لا يساوي فيه الحر، فإن كان مما لا يتبعض؛ سقط [العدد](١) فيه؛ كالرجم، والشهادة، والميراث، وإن كان مما يتبعض كان على النصف من الحر كالطلاق والعدة والحدود، وعقد النكاح ذو عدد يتبعض.

وأيضا فإن النبي ﷺ (١٥٢) لما كان أفضل الأمة؛ كان له الفضل في عدد النكاح، كذلك أيضا لما كان الحر أفضل من العبد؛ وجب أن يكون له مزية وفضل على العبد في العدد.

فالجواب عن الفصل الأول؛ هو أننا لا نسلم أن النكاح بني على التفضيل؛ لأن طريقه طريق الملاذ والشهوات، فالحر والعبد فيه سواء، وقد ذكرنا أنه للإعفاف وتحصين الفرج، فلم يختلف العبد والحر فيه.

فأما الطلاق والعدد والحدود؛ فإنها في معنى واحد؛ لأن الحدود تؤلم وتؤذي، والطلاق في معناها، والعِدد في معنى الطلاق، وليس كذلك النكاح؛ لأنه للذة والاستمتاع.

وما ذكروه من الرجم والشهادة والميراث؛ فإنما سقط حمله عن العبد والأمة على طريقة واحدة، ولم يفرق بين الأمة والحرة في النكاح، وإن كان قد افترقا فيما ذكروه، فكذلك لا يفترق العبد والحر في النكاح وإن افترقا فيما ذكروه.

(١) في الأصل: العبد.

وما ذكروه من أن النبي ﷺ كان أفضل الأمة ففضل في العدد في النكاح كما فضل في الطلاق؛ فإنه ﷺ إنما فضل في العدد لأنه مأمون منه الجور، ولا يقع منه إلا العدل، وهذه المعاني لا تؤمن من الحر ولا من العبد، فهما سواء في ذلك.

ألا ترى أنه ﷺ قد ساوى أمته الأحرار في عدد الطلاق، [وإن][1] كان له الفضل عليهم في عدد الزوجات.

فأما الفرق بين الحر والعبد في الطلاق؛ فقد ذكرنا أن الطلاق في معنى الحدود، فينقص فيه العبد عن الحر.

ثم إن الطلاق حل لعقد، فلما ضعف عقد العبد ـ لأن نكاحه يقف على إذن مولاه ـ؛ ضعف حله عن حل عقد الحر، وليس للعبد في هذا مدخل.

ووجه الرواية التي حكيت عن ابن وهب عن مالك ما ذكرناه عن المخالفين، والله الموفق للصواب. (١٥٣)

ويجوز قياس آخر في جواز ذلك فنقول: **كل من جاز له الجمع بين اثنتين جاز له الجمع بين الثلاث والأربع**، دليله الحر.

أو نقول: كل [ذكر][2] أبيح له النكاح؛ جاز له الجمع بين الأربع، كالحر. وبالله التوفيق.

(١) في الأصل: فإن.
(٢) في الأصل: ذلك.

مسألة (٢٦):

إذا عقد على امرأة عقد نكاح؛ حرمت عليه أختها، [فلا][1] يعقد عليها ما دامت الأولى في عصمته، وكذلك إذا تزوج أربعا؛ حرم عليه أن يعقد على أربع سواهن، وعلى خامسة، فإذا طلق زوجته؛ فهل يحل أن يعقد على أختها، أو طلق الأربع هل يحل أن يعقد على أربع سواهن، أو طلق واحدة من الأربع هل يحل أن يعقد على أخرى مكانها أم لا ؟ الحكم في هذه المسائل كلها واحد.

فإن كان الطلاق رجعيا؛ لم يجز بلا خلاف؛ لأن الزوجية باقية، وإن طلق قبل الدخول؛ حل له العقد على الأخت، وعلى الأربع سوى الأربع، بلا خلاف بيننا وبين أبي حنيفة.

فأما إذا دخل بها وبانت منه إما بخلع أو بالطلاق الثلاث، هل يحل له أن يعقد على أختها، وعلى أربع سوى الأربع، والمطلقة في العدة؟

فإنه يجوز عند مالك والشافعي[2].

وبه قال الزهري[3].

ومن الصحابة زيد بن ثابت[4].

---

(١) ساقطة من الأصل، والتصحيح من عيون المجالس.

(٢) انظر المدونة (٢/٤١٣ ـ ٤١٤) المعونة (٢/٥٨٩) الإشراف (٣/٣١٥ ـ ٣١٦) الأم (٦/٧) الأوسط (٨/٥٠٤ ـ ٥٠٨) تكملة المجموع (١٩/٣٧٥).

(٣) وهذه الرواية عنه أثبت، وهي خلاف رواية عبد الملك عنه. الأوسط (٨/٥٠٧).

(٤) نقله عنه ابن عبد البر في الاستذكار (١٤/٤٦٤) وابن حزم في المحلى (٩/١٥٩) وعنه رواية أخرى مثل قول أبي حنيفة أخرجها عنه ابن أبي شيبة (١٦٨٩٠) وابن عبد البر في=

وقال سفيان الثوري، وأبو حنيفة، وأصحابه: لا يجوز له أن يعقد على أختها وهي في العدة[1]، ولا على أربع والأوائل في عدتهن[2].

وبه قال من الصحابة علي، وابن عباس رضي الله عنهما[3].

والدليل لقولنا قوله ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ مَثۡنَىٰ وَثُلَٰثَ وَرُبَٰعَ﴾[4].

فظاهره يقتضي جواز العقد على أي عدد من المثنى والثلاث والرباع، سواء كان عنده غيرهن أم لا، إلا أن يقوم دليل يمنع. (١٥٤)

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡ﴾[5].

فأمر بإيقاع نكاح الأيامى، ولم يخص في إيقاعه من له زوجة أم لا، فهو عموم.

وأيضا قوله: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ﴾[6].

فأحل لنا ما وراء الأعيان المحرمات ولم يخص.

وأيضا قول النبي ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[7]، **وكل موضع عقد الولي**

= الاستذكار (٤٦٤/١٤) وابن المنذر في الأوسط (٥٠٥/٨) وحكاه عنه ابن قدامة في المغني (٢٨٤/٩) وانتصر لهذا المذهب ابن حزم في المحلى (١٥٩/٩ ـ ١٦٠).

(١) وهو مذهب أحمد رحمه الله. انظر المغني (٣٥٤/٩).

(٢) التجريد (٤٤٣١/٩ ـ ٤٤٤٣) شرح فتح القدير (٢١٥/٣ ـ ٢١٧).

(٣) الأوسط (٥٠٤/٨ ـ ٥٠٨).

(٤) سورة النساء، الآية (٣).

(٥) سورة النور، الآية (٣٢).

(٦) سورة النساء، الآية (٢٤).

(٧) تقدم تخريجه (٣٠٥/٥).

فهو نكاح إلا أن تقوم دلالة.

وأيضا قوله ﷺ: «لا ينكح المحرم ولا ينكح»[1].

فمن عدا المحرم ينكح وينكح على كل وجه، إلا أن يمنع منه مانع.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ مَا نَكَحَ ءَابَآؤُكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[2].

فمن عدا ذلك بخلافه في الجواز.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَلَا تَنكِحُوا۟ ٱلْمُشْرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤْمِنَّ﴾[3].

فدليله أننا ننكح غيرهن على كل حال إلا أن يقوم دليل.

وأيضا قوله ﷺ: «تناكحوا تكثروا»[4]، ولم يخص.

وقوله ﷺ: «من استطاع منكم الباءة فليتزوج»[5]، ولم يخص حالا من حال.

وقال تعالى: ﴿وَلَا تَعْزِمُوا۟ عُقْدَةَ ٱلنِّكَاحِ حَتَّىٰ يَبْلُغَ ٱلْكِتَٰبُ أَجَلَهُۥ﴾[6].

فدليله أن المرأة إذا قضت العدة؛ جاز له أن يتزوجها أي زوج كان، سواء كانت عنده أختها أو ثلاث سواها.

(١) تقدم تخريجه (٥/٤٨٦).
(٢) سورة النساء، الآية (٢٢).
(٣) سورة البقرة، الآية (٢١٩).
(٤) تقدم تخريجه (٥/٢٨٥).
(٥) تقدم تخريجه (٥/٢٨٦).
(٦) سورة البقرة، الآية (٢٣٣).

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَٱلْمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصْنَ بِأَنفُسِهِنَّ ثَلَٰثَةَ قُرُوٓءٍ﴾[1].

فدليله أن المطلق لا يتربص، وهم يقولون: لا يتزوج حتى تخرج المرأة من العدة، وهذا تربص بالزوج.

ودليله أيضا أن المرأة إذا لم تكن متربصة بالعدة؛ جاز أن تتزوج من هذا أو من غيره، فهو عموم إلا أن يقوم دليل.

ومن جهة القياس والاستدلال؛ فإنه جمع حرم على الزوج بعقد النكاح، فوجب أن يرتفع هذا النكاح بالبينونة من العقد المحرِّم، دليله إذا طلقها قبل الدخول؛ لأنه شيء عقد على امرأة (١٥٥) [حرم عليه][2] أن يعقد على أختها من أجل عقده المتقدم، ثم إذا طلق الأولى قبل الدخول؛ زال التحريم، وجاز له العقد الثاني على الأخت، كذلك إذا طلقها ثلاثا بعد دخوله بها أو أبانها بالخلع.

وقولنا: «جمع حرم»؛ احتراز من تحريم الأم؛ لأنه إذا عقد على امرأة؛ حرمت أمها عليه بنفس العقد، ثم لا يرتفع هذا أصلا؛ لأنه ليس بتحريم جمع، ولكنه تحريم بائنة.

وقولنا: «على الزوج»؛ احتراز من المرأة.

وقولنا: «فوجب أن يزول بالبينونة»؛ احتراز منه إذا طلقها طلاقا رجعيا فإنه لا يرتفع لعدم البينونة.

---

(١) سورة البقرة، الآية (٢٢٦).

(٢) ممحو بالأصل، والمثبت من السياق.

فإن قيل: فإننا لا نسلم أن هذا الجمع حرم بعقد النكاح؛ لأنه حرم عندنا بالفراش لا بالعقد.

قيل: الجواب عنه من وجهين:

أحدهما: أن الفراش يزول بالطلاق الثلاث وبالبينونة، يدل على ذلك أنها لو حملت في حال عدتها ووضعته بعد انقضاء عدتها وبعد أكثر [مدة](1) الحمل؛ لم يلحق به، فلو كانت فراشا له وهي في العدة بعد البينونة؛ لوجب أن يلحق به ولدها إذا حملته في العدة، لأن معنى قولنا «إنها فراش له»؛ أي إنها متى حملت في حال هي فيها فراش له؛ لحقه.

والجواب الثاني: هو أن هذا التحريم لو كان يثبت بالفراش لا بالعقد؛ لوجب أن لا يثبت في موضع لا يوصف بأنه فراش، وهو الصغيرة بنت يومها، فلما اتفقنا على أنه إذا عقد على صغيرة بنت يومها أنه قد حرم عليه أن يعقد على أختها وإن كانت غير موصوفة بأنها فراش له؛ لأن الفراش ما يلحق فيه النسب، والصغيرة لا تحمل أصلا، فلا توصف بأنها فراش له.

وعلى أن نفس العقد عندهم كناية عن الفراش؛ لأنه لو عقد على امرأة بحضرة الحاكم، ثم لم [يتزوج](2) حتى طلقها بحضرته، فأتت بولد لستة أشهر من وقت العقد الذي قد تعقبه (١٥٦) الطلاق؛ لحق به، وهذا عندنا لا يلحق به حتى [ ](3) كعقد الصغير الذي لا يولد له.

(١) في الأصل: من.
(٢) هكذا بالأصل.
(٣) طمس بمقدار ثلاث كلمات.

فإن قيل: المعنى في المطلقة قبل الدخول أنه لا عدة عليها، فلما لم يحرم عليها أن تتزوج؛ لم يحرم عليه أيضا، وإذا طلقها بعد الدخول بها؛ حرم عليها أن تتزوج ما دامت في عدتها، فحرم عليه أيضا.

قيل: إذا طلقها بعد الدخول بها؛ لم يجز لها أن تتزوج لأنها في عدة، والزوج لا عدة عليه، فلما انفردت بالعدة لاسبتراء رحمها في الأصل؛ انفردت بالتحريم، فالزوج بعد دخوله بها وقبله على حد واحد إذا بانت منه؛ لأنه لا عدة عليه.

وأيضا فإن كل من تحل له أخت المبتوتة بعد انقضاء عدتها؛ تحل له وهي في عدتها، دليله إذا قال الزوج: قد أخبرتني بانقضاء عدتها، وقالت: لم أخبره؛ فإنهم يقولون: يجوز للزوج أن يعقد على أختها وهي لا تتزوج، ويلزمها أن تكمل العدة.

فإن قيل: لأنها ليست بمعتدة في حق الزوج وإنما هي معتدة في حقها، فلهذا لم يُمنع الزوج من العقد على أختها.

قيل: الدلالة على أنها معتدة في حق الزوج أنه يلزمه نفقتها وكسوتها عندكم ما دامت هي في العدة، كما يلزمه لو لم يقل: إنها أخبرته، فبطل قولكم.

وعلى أن العدة ليست من حقها ولا حق الزوج، وإنما هي من أجل حق النسب؛ بدليل أنهما لو اتفقا على تركها؛ لم [يجز][1].

ونقول أيضا: إن كل من لو طلق من كانت زوجته لم يلحقها طلاقه؛

---

(١) في الأصل: يحرج.

فإنه يجوز له أن يعقد على أختها، أصله إذا ماتت المرأة؛ لأنه لا يلحقها طلاقه، وكذلك لو ولدت أو طلقت قبل الدخول، وكذلك إذا أبانها بالثلاث لم يلحقها طلاقه، فلما كانت إذا ماتت جاز له أن يتزوج أختها عقيب الموت؛ كذلك إذا أبانها بالطلاق. (١٥٧) [ ][١] العلل الثلاثة في جواز العقد على الأخت.

ونقول أيضا: هو رشيد لا زوجة في عصمته، فجاز أن يتزوج، دليله إذا لم يتزوج أصلا، وهذه علة فيه إذا طلق أربع نسوة وهن في عدة.

ولنا أن نستدل أيضا ونجعله ترجيحا أن نقول: إذا طلقها ثلاثا؛ فقد صارت أجنبية منه؛ بدليل أن الأحكام المختصة بالنكاح قد زالت بينهما مثل الطلاق، والإيلاء، والظهار، وعدة الوفاة، والموارثة بالزوجية[٢]، فإذا صارت أجنبية منه بالبينونة بما ذكرناه من الدليل؛ جاز له أن يعقد على أختها، وعلى أخرى مكان الرابعة، وعلى أربع سوى الأربع البائنات؛ لأنه غير ممنوع من تزويج الأجنبيات.

ولعل هذه التي قد بانت منه أبعد من الأجنبية؛ لأن الأجنبية تحل له من غير زوج، وهذه لا تحل له إلا بعد زوج، وهذا ترجيح قوي.

فإن قيل: فإنها ليست بأجنبية منه ما دامت في العدة؛ لأنها لو أتت بولد في حال عدتها منه؛ لحق به.

قيل: هذا باطل به إذا انقضت عدتها لستة أشهر؛ لحق به، وعندنا إلى

(١) كلمة ممحوة.

(٢) انظر تكملة المجموع (٣٧٥/١٩).

تمام أربع سنين، ثم يجوز له أن يعقد على أختها.

ثم نقول أيضا: [إن][١] كونها في العدة التي هي استبراء رحمها لا يمنع من تزويج أختها بعد البينونة؛ لأنه لو وطئ أمته؛ صارت عندنا فراشا له، فلا يحل له وطء أختها، ثم إذا باعها؛ زال ملكه عنها، وعليها الاستبراء، ومع هذا يجوز له أن يطأ أختها أو يتزوجها وإن كانت هي في الاستبراء؛ لأن ملكه قد زال عنها.

كذلك أيضا في الحرة؛ لأن الوطء في الأمة نظير العقد، وهذا أيضا ترجيح آخر.

وأيضا فلو وطئ امرأة بشبهة؛ وجب عليها الاستبراء، ويجوز أن يتزوج أختها وهي مستبرأة، ولو أسلم وتحته امرأة مشركة حبلى؛ جاز له أن يتزوج (١٥٨) أختها وهي حامل مستبرأة.

وأيضا فإنه إذا طلقها بعد الدخول ثلاثا؛ لم يجز لها أن تتزوج؛ لأنها في عدة، ولا عدة على الزوج، فمن [مُنع][٢] من التزويج حتى تنقضي عدتها؛ صار بمنزلتها في عدة، ولو كان في عدة بمنزلتها؛ لمنع من الزينة والطيب كما منعت في العدة عندهم.

وأيضا فإن المنع لا يخلو من أحد أمرين: إما لأنه يكون جامعا بينهما في النكاح، أو لأنه يكون جامعا بينهما في مائه بالوطء، فبطل أن يكون جامعا بينهما في النكاح؛ لأنه [لا][٣] نكاح بينهما، ولا يجوز أن يكون جامعا بينهما

---

(١) في الأصل: أو.
(٢) في الأصل: منعه.
(٣) ساقطة من الأصل.

في الماء؛ لأنه لا يجوز له وطء البائن منهما، ووقت وطئه لها قد سقط.

فإن قيل: حكم مائه باق ما دامت في العدة.

قيل: هذا باطل؛ لأنه لو خلا بها فطلقها قبل أن يطأها؛ لوجبت العدة عندكم، ولم يجز أن يتزوج أختها، ولم يحصل له ماء.

فإن قيل: فقد قال الله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ إلى قوله: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾[1].

فحرم تعالى الجمع بين الأختين عموما، وإذا جمع بينهما في عقد واحد؛ يقال: جمع بينهما، وكذلك إذا كان أحد العقدين يلي الآخر؛ يقال أيضا: جمع بينهما، كما يقال: جمع بين الصلاتين، وإن كانت أحدهما عقيب الأخرى.

قيل: حقيقة الجمع أن يقعا معا كالقران في الحج والعمرة هو الجمع بينهما، وإنما يقال في الشيء إذا فعل تلو الشيء: جمع بينهما؛ على طريق المجاز، وإنما قيل في جمع الصلاتين وإن كانت أحدهما تلي الأخرى؛ لأنه جمع بينهما في وقت أحدهما.

وعلى أنه إذا عقد على أحدهما ثم بين أمرها وعقد على الأخرى عقيب ذلك؛ لا يقال: جمع بينهما، وإنما يكون جامعا بينهما إذا جمعهما في عقد واحد حقيقة (١٥٩) وإذا عقد على إحداهما ثم على الأخرى قيل أن يجعل عقد الأول[2] مجازا، فأما إذا أبان أحدهما ثم عقد على الأخرى؛ فلا يكون

(١) سورة النساء الآية (٢٣).

(٢) هكذا بالأصل.

جامعا حقيقة ولا مجازا.

فإن قيل: فإنها معتدة في حق الزوج، فوجب أن لا يجوز له العقد على أختها، أصله المطلقة الرجعية.

وقولهم: «معتدة وحق الزوج»؛ احتراز منه إذا قال الزوج: أخبرتني أن عدتها انقضت، وأنكرت هي؛ فإن عليها أن تكمل العدة، ويجوز للزوج أن يتزوج أختها قبل تمام عدتها؛ لأنها معتدة في حقها لا في حق الزوج.

قيل: المعنى في الرجعية أنها زوجته بدلالة بقاء الأحكام المختصة بالنكاح بينهما، وهو غير ممنوع من أن يعقد على أخت امرأته وهي أجنبية منه.

على أننا قد قلنا: إن العدة لا في حق الزوج ولا في حق الزوجة، بل هو حق للولد يتعلق به حق الله تعالى، فلا فرق بين أن يقول: أخبرتني أن عدتها انقضت أو لا تقول، ألا ترى أنهما لو اتفقا على ترك العدة؛ لم يجز.

فإن قيل: فإنه تحريم جمع يمنع منه عقد النكاح، فوجب أن يمنع منه العدة؛ أصله المرأة لا يجوز لها أن تتزوج بزوجين تجمع بينهما، لا في حال النكاح، ولا في حال العدة.

قالوا: ولأنه إذا عقد على امرأة؛ فقد حرمت عليه أختها بعقد النكاح، كما حرم عليها سواه بعقد النكاح، ثم إذا طلقها؛ كان تحريم التزويج بغيره باقيا عليها ما دامت في عدتها، ووجب أيضا أن يكون تحريم التزويج بأختها باقيا عليه ما دامت في العدة؛ لأن المعنى الذي حرم عليها العقد على غيره هو الذي حرم عليه العقد على أختها.

قيل: إنما لم يجز للمرأة أن تتزوج وهي في عدتها لوجود المعنى المانع لذلك وهو العدة، والزوج لا عدة عليه، فلا يمنع عليه، وعلى أنه فاسد بالمرتدة، فإنه يجوز أن يتزوج أختها.

وقولهم: «إنهما (١٦٠) لما تساويا في المعنى الموجب للتحريم؛ وجب أن يتساويا في وقت ارتفاع التحريم» على ما ذكروه؛ فإننا نقول: إن التحريم الذي استويا فيه قد زال عنها وهو الزوجية، وإنما حرم عليها بعد الطلاق بمعنى آخر هو غير المعنى الأول، وهو العدة فخلفت [علة][1] ولم يحدث من جهة الزوج معنى آخر يمنع منه، فلم يكن ممنوعا من التزويج إذا زالت الزوجية، والله أعلم.

فلو استدلوا باستصحاب الحال وأن الفروج محظورة في الأصل إلا بدليل.

قيل: قد انتقلنا عن ذلك بالظواهر التي ذكرناها.

وقد ذكر عنهم أنهم وافقونا في رجل قال لامرأته: إن تزوجت عليك فلانة؛ فهي طالق، ثم طلق التي حلف لها طلاقا بائنا وتزوج الأخرى والمطلقة الأولى في العدة؛ أن نكاح الثانية صحيح، فلو كانت باقية على حكم النكاح؛ ما جاز ذلك، وكانت الثانية يقع عليها الطلاق بيمينه. وبالله التوفيق.

(١) هكذا بالأصل.

مَسْأَلة (٢٧):

لا ينفسخ نكاح الزوجة إذا زنت.

وهو مذهب أبي حنيفة، والشافعي، والفقهاء كافة[١].

وحكي عن الحسن[٢] وأبي عبيد أنه ينفسخ النكاح بينها وبين زوجها متى زنت.

وروي نحوه عن علي رضي الله عنه[٣].

والدليل لقول الجماعة أن العقد ثابت في الأصل قبل أن تزني، فمن زعم أنه ينفسخ بالزنا؛ فعليه الدليل.

وأيضا قول النبي: ﷺ «الحرام لا يحرم الحلال»[٤] يدل على أن العقد المتقدم حلال، وما يتضمنه من الاستمتاع لا يحرمه الزنا الذي هو حرام.

وأيضا قوله ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[٥].

---

(١) انظر بداية المجتهد (٤/٢٧٦) الجامع لأحكام القرآن (٦/٤٧١) الأم (٦/٣٨٦) الأوسط (٥١٨ - ٥٢٢) تكملة المجموع (١٩/٣٥٥) المغني (٩/٣٩٠).

(٢) نقله عنه ابن حزم في المحلى (٩/٦٧) وابن المنذر في الأوسط (٨/٥٢١).

(٣) رواه عنه ابن حزم في المحلى (٩/٦٧) وابن المنذر في الأوسط (٨/٥٢٠ - ٥٢١) وروى نحوه عن ابن عمر. ورواه ابن حزم عن جابر بن زيد أيضا.

(٤) أخرجه الدارقطني (٣/٢٦٨) والبيهقي (٧/٢٧٤) من حديث عائشة، وقال البيهقي: «تفرد به عثمان بن عبد الرحمن الوقاصي وهو ضعيف، قاله يحيى بن معين وغيره من أئمة الحديث». قلت: وذكره ابن أبي حاتم في العلل (١/٤١٨) وقال: باطل. وأخرجه ابن ماجه (٢٠١٥) والدارقطني (٣/٢٦٨) والبيهقي (٧/٢٧٤) عن ابن عمر، وفيه عبد الله العمري المكبر ضعيف.

(٥) أخرجه البخاري (٢٢١٨) ومسلم (١٤٥٧/٣٦).

فأثبت الفراش مع وجود الزنا، وألحق الولد بالفراش الثابت بالعقد [ ][1] من الزنا، فإذا كان الفراش ثابتا والولد به لاحق؛ دل على أن العقد لم ينفسخ، ولا زال حكم الفراش. (١٦١)

وأيضا فما روي «أن رجلا قال: يا رسول الله! إن امرأتي لا ترد يد لامس، فقال ﷺ له: طلقها، فقال: إني أحبها، فقال: استمتع بها، وقيل: أمسكها»[2].

وإنما كنى الرجل به عن الزنا، أي إنها لا ترد زانيا[3]، فقد أثبت

---

(١) كلمة ممحوة.

(٢) أخرجه أبو داود (٢٠٤٩) والنسائي (٣٢٢٩) والبيهقي (٧/٢٤٩ ـ ٢٥٠) عن ابن عباس، وأعله النسائي بالإرسال، وصحح الحافظ إسناده في التلخيص (٣/٢٢٥) وله شاهد من حديث جابر أخرجه البيهقي (٧/٢٥٠) وذكره ابن الجوزي في الموضوعات (١٢٧٩) وللحافظ ابن حجر كلام بديع في تصحيح هذا الحديث، والرد على ابن الجوزي، نقله عنه السيوطي في اللآلئ المصنوعة (٢/١٧١) ومما قال بعد أن ذكر طرقه عن ابن عباس وجابر: «فلو انضمت هذه الطريق إلى ما تقدم من طريق حديث ابن عباس؛ لم يتوقف المحدث عن الحكم بصحة الحديث، ولا يلتفت إلى ما وقع من أبي الفرج بن الجوزي حيث ذكر هذا الحديث في الموضوعات، ولم يذكر من طرقه إلا الطريق التي أخرجها الخلال من طريق أبي الزبير عن جابر، واعتمد في بطلانه على ما نقله الخلال عن أحمد، فأبان ذلك عن قلة اطلاع ابن الجوزي، وغلبة التقليد عليه، حتى حكم بوضع الحديث بمجرد ما جاء به إمامه، ولو عرضت هذه الطرق على إمامه؛ لاعترف على أن للحديث أصلا، ولكنه لم تقع له، فلذلك لم أر له في مسنده ولا فيما يروى عنه ذكرا أصلا، لا من طريق ابن عباس، ولا من طريق جابر، سوى ما سأله عن الخلال، وهو معذور في جوابه بالنسبة لتلك الطريقة بخصوصها». اهـ.

(٣) قال ابن حجر: «قد اختلف العلماء في معنى قوله: «لا ترد يد لامس»، قيل: معناه الفجور، وأنها لا تمتنع ممن يطلب منها الفاحشة، وبهذا قال أبو عبيد والخلال، والنسائي، وابن الأعرابي، والخطابي، والغزالي، والنووي، وقيل: معناه التبذير.. والظاهر أن قوله «لا ترد يد لامس» أنها لا تمتنع ممن يمد يده ليتلذذ بلمسها، ولو كان كنى عن الجماع؛ لعد قاذفا،=

النبي ﷺ النكاح بينهما، وأمره بالطلاق الذي لا يقع في غير نكاح، قال: «استمتع بها» بحكم العقد المتقدم.

فإن قيل: فإنما أراد الرجل أنها مبذرة، كل من طلب منها شيئا لا ترده.

قيل: هو باطل من وجهين:

أحدهما: أنه قال «يد لامس»، ولم يقل «ملتمس»، والسائل الطالب ملتمس.

والوجه الثاني: أنه أمره بالطلاق عقوبة لها، فدل على أنها أتت المحرم، وكونها لا ترد مَن التمس منها شيئا ليس بمحرم، فلا تعاقب على فعل المباح.

فإن قيل: أراد أنها [تبذل][1] ماله لكل من طلبه، فأراد ﷺ بطلاقه لها المباح صيانة ماله.

قيل: هي قضية في عين، فقوله «لا ترد يد ملتمس»؛ لم يقل من مال، ويجوز أن تكون كثيرة الصدقة، فلا تعاقب على ذلك، فصرفه إلى ما قلناه أولى.

مع أن الظاهر أن الملامس خلاف الملتمس، ألا ترى أنه قال: «لا ترد يد لامس»، فحقيقته حصول اللمس باليد والمباشرة، والملتمس لا يد له يلتمس بها، وإنما هو سائل وطالب، فإن مد يده والتمس شيئا بطريقة الصدقة كما قلنا؛ فقد طلب مباحا لا يعاقب فاعله إذا أعطاه.

= أو أن زوجها فهم من حالها أنها لا تمتنع ممن أراد منها الفاحشة؛ لا أن ذلك وقع منها». التلخيص الحبير (٣/٢٢٦).

(١) في الأصل: مبذر.

وعلى أننا لو جعلناه للأمرين؛ لم [يتنافيا][(١)]؛ لأنها لا ترد ملتمسا للزنا وغير الزنا.

وأيضا فإنه ﷺ قال لما قال له الرجل: إن ابني زنا بامرأة هذا [فقالوا لي: على ابنك الرجم، ففديت ابني منه بمائة من الغنم ووليدة، ثم سألت أهل العلم فقالوا: إنما على ابنك جلد مائة وتغريب عام. فقال النبي ﷺ: لأقضين بينكما بكتاب الله، أما الوليدة والغنم؛ فرد عليك، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام، وأما أنت يا أنيس ـ لرجل ـ؛ فاغد][(٢)] على امرأة هذا، فإن اعترفت؛ فارجمها»[(٣)].

فسماها عليه السلام امرأته مع جواز أن تكون زنت.

فإن قيل: فإنها امرأته قبل (١٦٢) الاعتراف.

قيل: قد يجوز أن تعترف وتكون قد زنت، فكان ينبغي أن يعدل [عن هذه][(٤)] المرأة لجواز أن تكون غير زوجة بزنائها.

وأيضا فإنه وطء حرام من غير زوجها؛ فلم ينفسخ به النكاح، دليله إذا وطئها دون الفرج.

وأيضا فإن كل معنى إذا ثبت فانفسخ به النكاح؛ فإن الزوجة إذا أقرت به انفسخ النكاح؛ كالرضاع، والردة، والطلاق، واللعان، وغير ذلك، ألا

---

(١) في الأصل: يتنافا.

(٢) بياض بالأصل، والمثبت من صحيح البخاري.

(٣) أخرجه البخاري (٢٦٩٥ ـ ٢٦٩٦) ومسلم (١٦٩٧ ـ ١٦٩٨/٢٥).

(٤) هكذا بالأصل، ولعل الصواب، عن لفظ.

ترى أن أمه لو أرضعت زوجته؛ انفسخ؛ لأنها أخت له، ولو قال لزوجته: هي أختي من الرضاعة؛ انفسخ النكاح، وكذلك في الردة والرضاع.

فلما تقرر أن الزوجة لو أقرت أنها زنت لم ينفسخ النكاح؛ علم أنه لا ينفسخ أيضا إذا ثبت أنها زنت، وهذه عمدة المسألة ونكتتها.

[**فإن قيل**](1): أما اللعان؛ فهو أيضا حجة لنا؛ لأنه [إنما](2) انفسخ النكاح باللعان لتحقق الزنا وثبوته.

قيل: هذا خطأ، إنما انفسخ لوجود الاشتباه؛ لأنه لما لاعن الزوج؛ فقد حلف أربعة أيمان، وحقق عليها الزنا، فإذا لاعنت هي؛ فقد حلفت أربعة أيمان، وحققت عليها [نفي](3) الزنا، فإذا [حقق عليها الزنا](4) وحققت نفي الزنا عن نفسها؛ فاشتبه الأمر، وقد يفسخ العقد لأجل الاشتباه وإن كنا نتحقق عدم الفسخ، كالمتبايعين إذا تحالفا؛ انفسخ العقد، وهو أن يختلفا في الثمن والمثمن.

فإن قيل: فإنه معنى يوجب القتل، فوجب أن ينفسخ به العقد، دليله إذا ارتدت.

قيل: هو منتقض بما لو قتلت إنسانا حرا عمدا؛ فإنه معنى يوجب قتلها، ومع هذا لا ينفسخ العقد.

(١) زيادة ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.
(٢) في الأصل: لما.
(٣) ساقط من الأصل.
(٤) ساقط من الأصل.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوۡ مُشۡرِكٞۚ وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ﴾(١).

فإذا زنت؛ فمن وطئها لا يطؤها بنكاح، وإنما ينكحها بزنا، فثبت أن النكاح مرتفع.

قيل: إنما أثبته الله تعالى زانيا أولا ثم منع نكاحه بزنائه، فعلم أنه أراد الذي يطأ (١٦٣) من ليست [له](٢) بزوجة ولا أمة، وهي مطاوعة له، فإنه زان كما أنها زانية، ولم يرد الزوج الذي يقوم له عقد النكاح، وحقيقة الزاني أن يكون في حال زنا، فكذلك الزانية، فثبت أن الأمر على خلاف ما قرروه.

وقد قال [سعد بن عبادة ل](٣) رسول الله ﷺ: «أرأيت لو وجدت مع امرأتي رجلا أمهله حتى آتي بأربعة شهداء»(٤).

فسماها زوجته وامرأته، مع كنايته عن الزنا، ولم ينكر النبي ﷺ ذلك، ولم يقل: إن النكاح بينكما منفسخ في الحال.

فإن قيل: إنما قال: «مع امرأتي» لأنها امرأته قبل أن يجد معها رجلا، فقال: لو وجدت، وهو بَعْدُ لم يجد.

قيل: قد كان ينبغي أن يبين له عليه السلام فيقول: إذا وجدت معها رجلا؛ لم تكن امرأتك، وكيف لا تكون زوجته والله تعالى يقول: ﴿وَٱلَّذِينَ يَرۡمُونَ

(١) سورة النور، الآية (٣).
(٢) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.
(٣) ساقط من الأصل.
(٤) أخرجه مسلم (١٤٩٨/١٥).

أَزْوَاجَهُمْ﴾[١] مع جواز أن يكون الرمي بالزنا صحيحا، فكان ينبغي أن يقول: اللواتي كن أزواجا.

فإن قيل: هي حالَ ما يرميها زوجة.

قيل: الله تعالى [يعلم][٢] البواطن، فكان ينبغي إذا علم أنها زنت قبل [أن][٣] يرميها أن لا تكون زوجة، فيقول: اللاتي كن زوجات، لمن علم أنها زنت منهن.

فَصْلٌ

فأما الزانية؛ فإنه يجوز للزاني أن يعقد عليها النكاح، ويتزوجها، وإن كان زنا بها[٤]، ويجوز لغيره أيضا[٥].

وهو قول جميع الفقهاء[٦].

وقال الحسن البصري[٧]: لا يجوز للزاني بها أن يعقد عليها أبدا[٨]،

(١) سورة النور، الآية (٦).

(٢) ساقط من الأصل.

(٣) ساقط من الأصل.

(٤) ونقل ابن عبد البر عليه الإجماع. انظر الاستذكار (٢٣١/١٤).

(٥) وقال شيخ الإسلام ابن تيمية: «نكاح الزانية حرام حتى تتوب، سواء كان زنى بها هو أو غيره، هذا هو الصواب بلا ريب.. ومالك وأحمد يشترطان الاستبراء، وهو الصواب». مجموع الفتاوى (١٠٩/٣٢ ـ ١١٠).

(٦) انظر المعونة (٥٧٢/٢) أحكام القرآن لابن العربي (٣٣٨/٣ ـ ٣٣٩) الأم (٢٨/٦ ـ ٣٠) الأوسط (٥١٣/٨ ـ ٥١٥) تكملة المجموع (٣٥٥/١٩) المغني (٣٨٧/٩ ـ ٣٩٠).

(٧) وحكى عنه ابن المنذر مثل قول الجمهور. وحكى عنه أيضا الكراهة فقط. الأوسط (٥١٣/٨ ـ ٥١٥).

(٨) وروي نحوه عن عائشة وابن مسعود وجابر بن زيد والبراء بن عازب. انظر مصنف ابن أبي=

وإن عقد النكاح ؛ كانا زانيين[1].

ولست أعرف ما يقوله في غير الزاني بها.

وقال قتادة وأحمد بن حنبل: إن تابت ؛ جاز العقد عليها لكل أحد، وإن لم تتب ؛ لم يجز[2].

قالوا: لقوله تعالى: ﴿ٱلزَّانِي لَا يَنكِحُ إِلَّا زَانِيَةً أَوْ مُشْرِكَةً وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوْ مُشْرِكٌ﴾[3]. (١٦٤)

قالوا: فجعل الله ﷻ نكاح الزانية زنا لأنه سمى العاقد زانيا.

قالوا: وروى شعبة عن سماك عن [حنش][4] بن المعتمر أن قوما اختصموا إلى علي رضي الله عنه في رجل تزوج امرأة فزنى، أو قال: زنت قبل أن يدخل بها، ففرق بينهما[5]، ولا مخالف له.

قالوا: وروى مرتد بن أبي مرتد الغنوي: «كانت له صديقة يقال [لها][6]

= شيبة (١٦٨/٦) والمحلى (٦٣/٩ ـ ٦٤) والسنن الكبرى للبيهقي (٢٥٢/٧ ـ ٢٥٣).

(١) وانتصر له ابن حزم في المحلى (٦٣/٩).

(٢) مع شرط ثان وهو انقضاء عدتها كما في المغني (٣٨٥/٩).

(٣) سورة النور، الآية (٣).

(٤) في الأصل: حشر، والصواب ما أثبته، وهو الموجود في السنن للبيهقي وغيره، وقال: «حنش غير قوي». وقال ابن حجر: «حنش بن المعتمر، ويقال ابن ربيعة، ويقال بن ربيعة بن المعتمر، ويقال إنهما اثنان، الكناني أبو المعتمر، الكوفي، صدوق له أوهام ويرسل، من الثالثة، وأخطأ من عده في الصحابة». التقريب (١٨٣).

(٥) أخرجه البيهقي (٢٥٢/٧) وفيه حنش بن المعتمر، وقد تقدم ما فيه.

(٦) ساقطة من الأصل.

عناق، وهي بغي بمكة، قال: فجئت رسول الله ﷺ فقلت: أنكح عناقا؟ فسكت عني، فنزلت: ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوۡ مُشۡرِكٞ﴾، فدعاني فقرأها علي، وقال: لا تنكحها»[1]، وقال الله تعالى: ﴿وَحُرِّمَ ذَٰلِكَ عَلَى ٱلۡمُؤۡمِنِينَ﴾.

والدليل لقولنا الظواهر من قوله تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمۡ أَن تَبۡتَغُواْ بِأَمۡوَٰلِكُم﴾[2].

ولم يخص زانية من غيرها.

وقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ وَٱلصَّٰلِحِينَ مِنۡ عِبَادِكُمۡ وَإِمَآئِكُمۡ﴾[3].

وهذه أيم قد أمر بإنكاحها، ولم يخص ممن تنكح.

وقوله تعالى: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم﴾[4].

ولم يفرق بين مزني بها وبين غيرها.

وقوله: ﴿وَلَا تَنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكَٰتِ حَتَّىٰ يُؤۡمِنَّ﴾[5].

فدليله إذا كانت غير مشركة جاز نكاحها.

وقوله: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلۡمُشۡرِكِينَ﴾[6].

فدل أنهم إذا آمنوا أنكحناهم من هذه وغيرها، سواء زنا أم لا.

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٩٧٤) والبيهقي في الكبرى (٧/٢٥١) وابن جرير في تفسير لهذه الآية.

(٢) سورة النساء، الآية (٢٤).

(٣) سورة النور، الآية (٣٢).

(٤) سورة النساء، الآية (٣).

(٥) سورة البقرة، الآية (٢١٩).

(٦) سورة البقرة، الآية (٢١٩).

وقوله ﷺ «لا نكاح إلا بولي»[1].

فإذا عقد الولي؛ جاز من الزاني وغيره.

وقوله ﷺ «لا ينكح المحرم»[2].

فدل أنه إذا لم يكن محرما؛ جاز أن ينكح هذه وغيرها.

ولأنه إجماع الصحابة، وروي عن أبي بكر، وعمر، وابن عمر، وابن عباس، وجابر رضي الله عنهم.

فأما أبو بكر؛ فروي عنه صريحا في رجل ضاف رجلا فافتض أخته، فرفع إليه ـ وكان بكرا ـ فجلده، وغربه إلى فدك[3]، ثم إن الرجل تزوج بالمرأة بعد ذلك (١٦٥) باليمامة[4].

وقيل: إن أبا بكر أرسل إليهما فاعترفا، فجلدهما وزوجه منها، ثم نفاهما سنة[5].

وأما عمر؛ فروي عنه روايتان:

أحدهما: [أن جارية فجرت فأقيم عليها الحد، ثم إنهم أقبلوا مهاجرين،

(١) تقدم تخريجه (٣٠٥/٥).

(٢) تقدم تخريجه (٤٨٦/٥).

(٣) فدك بفتحتين: بلدة بينها وبين مدينة النبي ﷺ يومان، وبينها وبين خيبر دون مرحلة. المصباح المنير (٢٦٩).

(٤) أخرجه البيهقي (٢٥١/٧).

(٥) أخرجه ابن حزم في المحلى (٦٥/٩) وقال: «هذا لا حجة لهم فيه؛ لأن الأظهر أنه كان بعد توبتهما، وهو حجة عليهم؛ لأن فيه أن أبا بكر غربهما حولا، والحنفيون لا يرون تغريبا في الزنى جملة، والمالكيون لا يرون تغريب المرأة في الزنى».

فتابت الجارية فحسنت توبتها وحالها، فكانت تخطب إلى عمها فيكره أن يزوجها حتى يخبر ما كان من أمرها، وجعل يكره أن يفشي عليها ذلك، فذكر أمرها لعمر بن الخطاب ﷺ][1]، فقال له: أنكحها نكاح مسلمة عفيفة»[2].

وروي عنه «أن رجلا له ابن تزوج بامرأة لها بنت، ففجر الصبي بالصبية، فجلدهما عمر، وحرص أن يجمع بينهما، وأبى الغلام»[3].

فدل على أنه يجوز للزاني أن يتزوج بالزانية.

وأما ابن عباس؛ فروي عنه أنه سئل عن رجل زنى بامرأة، أيحل له أن ينكحها؟ فقال: «إذا سرق أحدكم من كرم؛ أفلا يحل له أن يشتريه»[4].

وأما ابن عمر؛ فإنه كان له مملوك وجارية، فاتهم المملوك بها، [و][5]ظهر الحبل بالجارية، فقال له: أمنك الحبل، فقال: لا، وكان للمملوك أصبع زائدة، فقال: إن كان للحمل أصبع زائدة؛ فهو منك، قال نعم: قال: فوضعت وبالحمل أصبع زائدة، فجلدهما، وزوجها به»[6].

---

(١) في الأصل سقط جل هذا الأثر، والمثبت من سنن البيهقي مع اختلاف يسير.

(٢) أخرجه البيهقي (٢٥١/٧).

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٩٢٩) وفيه: وحرض. والشافعي في الأم (٣٠/٦) والبيهقي (٢٥٠/٧ ـ ٢٥١) وسعيد ين منصور في سننه (٨٨٥/٢٥٨/١) وابن المنذر في الأوسط (٥١٣/٨) وفيه: وحرص.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة (١٦٩٣٠) والبيهقي (٢٥١/٧) ولفظه: «أوله سفاح وآخره نكاح، وأوله حرام وآخره حلال». وقريبا من لفظ المصنف أخرجه ابن أبي شيبة عن عكرمة (١٦٩٣٩) وابن المنذر في الأوسط (٥١٢/٨ ـ ٥١٣).

(٥) الواو ساقطة من الأصل.

(٦) أخرجه ابن المنذر في الأوسط (٥١٣/٨) وعبد الرزاق في المصنف (١٢٧٩٧) ورواه عنه=

وروي عن جابر نحو هذا[١].

فأما الآية؛ فلنا [فيها][٢] تأويلان:

أحدهما: أنه قيل إنها منسوخة، وروي ذلك عن ابن عباس، وروي عن سعيد بن المسيب أنها منسوخة بقوله تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾[٣].

والثاني: أن المراد بها نكاح الجاهلية[٤]، روت عائشة رضي الله عنها «أن نكاح الجاهلية كان على أربعة أنحاء: نكاح الرايات، وهو أن الزانية كانت لها راية وعلَم تعرف بذلك، ويأتيها الرجال، فإذا أتت بولد؛ ألحقته بمن شاءت منهم»[٥].

فقوله تعالى ﴿وَٱلزَّانِيَةُ لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ أَوۡ مُشۡرِكٞ﴾[٦] أي لا ينكحها نكاح الجاهلية إلا زان؛ لأن ذلك النكاح زنا.

وروي عن عكرمة أنه قال: قوله: ﴿لَا يَنكِحُهَآ إِلَّا زَانٍ﴾ أي لا يطأها أي بالوطء الذي تكون هي به زانية يكون الواطئ به زانيا، لأن النكاح في اللغة الوطء[٧].

= ابن أبي شيبة (١٦٩٣٣) بنحو لفظ ابن عباس.

(١) أخرجه ابن أبي شيبة عن جابر بن عبد الله (١٦٩٤١) وأخرجه أيضا عن جابر بن زيد (١٦٩٣٨).

(٢) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.

(٣) سورة النور، الآية (٣٢) وانظر أضواء البيان (٤/٣٨).

(٤) وفي الآية أقوال أخر. انظر أحكام القرآن لابن العربي (٣/٣٣٨ ـ ٣٣٩).

(٥) أخرجه البخاري (٤٨٣٤).

(٦) سورة النور، الآية (٣).

(٧) لم يتفق القائلون بجواز نكاح الزانية على أن النكاح في اللغة الوطء، وإلى ما أشار إليه=

وأيضا فإنه عقد على منفعة؛ فوجب أن لا يمنع الزنا (١٦٦) منه، دليله الإجارة.

ولأنه وطء؛ فوجب أن لا يمنع الواطئ من العقد عليها، كالوطء بشبهة في نكاح، أو ملك يمين، أو غير ذلك.

وما رووه عن علي رضي الله عنه؛ فلا دليل لهم فيه؛ لأن النكاح لو كان قد انفسخ؛ لم يكن للتفرقة بينهما معنى.

فأما تفريقه بينهما؛ فلعله لما رأى من الكراهية والتفاحش بينهما والشقاق لما قد جرى من الزنا[1]، ففرق بينهما لقوله تعالى: ﴿وَإِنْ خِفْتُمْ شِقَاقَ بَيْنِهِمَا فَٱبْعَثُوا۟ حَكَمًا مِّنْ أَهْلِهِۦ وَحَكَمًا مِّنْ أَهْلِهَآ﴾[2].

وهذه قضية في عين واحدة، فرأى علي رضي الله عنه أن يفرق بينهما، وليس في هذا دليل على مسألتنا؛ لأنه ليس فيه أن الرجل زنا بالمرأة ولا زنت به؛ لأنهما زوجان، وإنما أحدهما زنا، فكان الأمر فيه على ما ذكرناه، وهذا لا يعترض على ما ذكرناه من الإجماع.

وقد روى إبراهيم النخعي، عن همام بن الحارث، عن عبد الله بن مسعود: في الرجل يفجر بالمرأة ثم يريد أن يتزوجها فقال: «لا بأس بذلك»[3].

= المؤلف ذهبت الحنفية، وقال الشافعية: النكاح حقيقة في العقد مجاز في الوطء. وقد تقدم ذكر هذا.

(١) ويحتمل أنهم أرادوا ما كان قبل التوبة أو قبل استبرائها. المغني (٩/٣٨٩).

(٢) سورة النساء، الآية (٣٥).

(٣) أخرجه البيهقي (٧/٢٥٣).

فدل قول أبي بكر، وعمر، وابن عمر، وابن عباس، وجابر، وابن مسعود، رضي الله عنهم على أن المسألة إجماع[1].

مسألة (٢٨):

ويجوز للولي[2] غير الأب أن يزوج اليتيم قبل أن يبلغ، إذا كان ذلك نظرا له، كالأب.

ومنع الشافعي من هذا[3]، وجعله في الأب على وجهين، إن كان الابن سليما صحيحا؛ جاز أن يزوجه، وإن كان الابن الصغير مجنونا؛ لم يجز لأبيه ولا غيره أن يزوجه[4].

---

(١) تقدم نقل الإجماع أيضا من ابن عبد البر، وليس الأمر كذلك لثبوت الخلاف فيه كما تقدم، وأقصى ما يمكن أن يقال أنه قول الأكثر من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم، وبذلك عبر ابن المنذر في الأوسط فقال: «فرخص في ذلك أكثر أهل العلم» (٥١٢/٨) والله أعلم.

(٢) والولي هنا هو الوصي؛ إذ لا يجبر الصغير على النكاح إلا الوصي على مشهور المذهب. قاله الرجراجي (٣٠٧/٣)

قلت: وكلام القاضي عبد الوهاب في المعونة (٥٣٤/٢) يدل على أن الولي هنا هو الوصي والحاكم.

(٣) وذهب ابن حزم إلى أنه لا يجوز للأب ولا لغيره إنكاح الصغير الذكر حتى يبلغ، فإن فعل؛ فهو مفسوخ أبدا. المحلى (٤٤/٩ ـ ٤٥) وعند الحنابلة يجوز للوصي فقط دون غيره. انظر المغني (٢١٩/٩) وذهب الحنفية إلى أن الوصي إذا كان وليا؛ له ذلك، وللغلام الخيار إذا بلغ. المبسوط (٢٤٦/٤).

(٤) وقيل في الابن والثيب الصغيرين المجنونين أوجه: أحدها: يزوجان، والثاني: لا يزوجان، والثالث: تزوج البنت دون الابن. نهاية المطلب (٤٣/١٢) وانظر أيضا الأم (٥٤/٦ ـ ٥٥) الأوسط (٢٨٧/٨ ـ ٢٩٠) الحاوي الكبير (١٣١/٩).

وأنا أتكلم على الولي أولا.

والدليل على جواز تزويج الولي لليتيم قوله تعالى: ﴿وَيَسْـَٔلُونَكَ عَنِ ٱلْيَتَـٰمَىٰ ۖ قُلْ إِصْلَاحٌ لَّهُمْ خَيْرٌ﴾[1].

فهو عموم إلا ما خصته الدلالة من اليتيمة على وجه، فإذا رأى الصلاح في تزويجه لصلته بمن يرغب في مثله، ولعلهم أن يكفلوه ويقوموا بإمساكه؛ جاز ذلك.

وقوله (١٦٧) تعالى: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلْأَيَـٰمَىٰ مِنكُمْ﴾[2].

فأمر بإنكاحهن، ولم يفرق بين أن يُنكحوهن من صغير أو كبير.

وقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[3].

فدل أن الولي من جهته وجهة المرأة إذا عقدا؛ حصل نكاحا.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَلَا تُنكِحُواْ ٱلْمُشْرِكِينَ حَتَّىٰ يُؤْمِنُواْ﴾[4].

فدليله أن من كان مؤمنا؛ جاز أن نُنكحه صغيرا كان أو كبيرا.

فإن قيل: هو متوجه إلى من يصح منه الإيمان وقد كان مشركا.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: أن من هو في حكم المسلمين مسلم، ومن كان في حكم أبيه

(١) سورة البقرة، الآية (٢١٨).
(٢) سورة النور، الآية (٣٢).
(٣) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).
(٤) سورة البقرة، الآية (٢١٩).

المشرك مشرك، فإذا أسلم أبوه؛ صار مسلما وإن كان صغيرا.

والثاني: أن الغلام إذا أعرب عن نفسه وأسلم؛ صار مسلما، وجاز أن يزوجه وليه.

وقوله ﷺ: «اليتيمة تستأمر»[1] دلنا على أن اليتيم لا يستأمر.

وأيضا قوله تعالى: ﴿أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾[2].

وهذا قد عقد له وليه.

وأيضا قوله: ﷺ «لا ينكح المحرم ولا ينكح»[3].

فدليله أنه ينكح إذا لم يكن محرما، ولم يفرق بين إنكاحه من كبير أو صغير، فهو عموم.

وأيضا فإنه ذَكر مُولّى عليه في المال، فجاز لوليه أن يزوجه نظرا له، كالأب.

ونقول: لما جاز للأب أن يزوجه نظرا واحتياطا؛ جاز للولي لقيامه مقام أبيه، مع كونه ذكرا مولى عليه.

فإن قاسوه على اليتيمة بعلة يذكرونها؛ قلنا: يجوز تزويجها إذا كان نظرا على إحدى الروايتين.

على أن الفرق بينهما هو أن الذكر إذا بلغ وكره العقد؛ كان له أن يحله

---

(١) تقدم تخريجه (٥/٣٢٩).

(٢) سورة المائدة، الآية (١).

(٣) تقدم تخريجه (٥/٤٨٦).

بنفسه؛ لأن الطلاق إليه، وليس كذلك اليتيمة؛ لأن الطلاق ليس إليها، فافترقا.

وترجح قياسنا بالأب، وبالفرق بين اليتيم واليتيمة.

وأما الفرق بين الصغير السليم وبين المجنون[1]؛ فلا أعرف له معنى؛ لأن المصلحة فيهما واحدة، بل لعل مصلحة المجنون فيها أكثر؛ (١٦٨) لأنه يحتاج من المداراة والصلاح والخدمة والصبر عليه أكثر مما يحتاج إليه السليم، فإذا أرضيت المرأة بذلك ورضي وليها؛ جاز، ألا ترى أنه لو كان كبيرا مجنونا واحتاج إلى التزويج؛ جاز أن يزوج للمصلحة، وليست المصلحة في كونه محتاجا إلى التزويج لأجل الجماع بأكثر من مصلحته في التزويج وهو صغير، وإن اختلفت وجوه المصلحة.

فإن قيل: فإنه إذا كان سليما فإنه [لما][2] يبلغ يطلب النكاح والتزويج، فجاز تقديمه قبل البلوغ وإن لم تكن به حاجة إليه قبل البلوغ، لوجود حاجته إليه مع البلوغ، وليس كذلك الصغير المجنون؛ لأنه لا حاجة به إليه في الحال، وإذا بلغ؛ لا يعلم أنه يُفيق حتى يطلبه أو لا يفيق، فلم يجز تقديمه قبل البلوغ، ولم يسلم حاجته إليه بعد البلوغ.

قيل: إنهما في حال الصغر لا حاجة بهما إلى الوطء، ولا يعلم ما يكون في ثاني، ألا ترى أن السليم يجوز أن يموت قبل البلوغ فلم يزوج لحاجته إلى الوطء بعد البلوغ، وإنما [جاز تزويجهما في الحالين للمصلحة][3]، فلا

(١) انتقل إلى الكلام على الشطر الثاني من المسألة.

(٢) في الأصل: كما.

(٣) في الأصل: جاز تزويجه لنا ينافي الحالين المصلحة.

فرق بين السليم والمجنون في حال الصغر، ومع جواز أن يبلغ السليم صغيرا يجوز أن يحدث له الجنون قبل بلوغه، كما يجوز أن يحدث للمجنون الصحة قبل بلوغه، فقد استويا، فما جاز لأحدهما في الحال من النظر والمصلحة؛ جاز للآخر مثله. والله أعلم.

مسألة (٢٩):

خُطبة النكاح ليست بواجبة عندنا[١] وعند جميع الفقهاء[٢].

إلا داود فإنه قال: هي واجبة[٣].

واحتج بأن النبي ﷺ خطب حين زوج فاطمة رضي الله عنها[٤]، وأفعاله على الوجوب.

وقد قال الله تعالى: ﴿لَّقَدْ كَانَ لَكُمْ فِي رَسُولِ ٱللَّهِ أُسْوَةٌ حَسَنَةٌ﴾[٥]. (١٦٩)

وقال عليه السلام: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو مردود»[٦]، وقد عمل

---

(١) ثم إن خطب الولي؛ فحسن، وإن خطب الخاطب؛ فكذلك، وإن خطب ثالث ثم تولى العقد الولي والخاطب؛ فحسن، وهذه عادة عرفت من عهد أصحاب رسول الله ﷺ ورضي عنهم. نهاية المطلب (١٢/١٨٢).

(٢) انظر الأوسط (٨/٢٥٢ ـ ٢٥٥) الحاوي الكبير (٩/١٦٣ ـ ١٦٤) بداية المجتهد (٤/١٩٩) المغني (٩/٢٧٢) تكملة المجموع (١٩/٣١٤).

(٣) ونسبه الماوردي في الحاوي الكبير (٩/١٦٣) إلى أبي عبيد القاسم بن سلام أيضا، ووافق داود في قوله أبو عوانة في مستخرجه، وترجم له بقوله: باب وجوب الخطبة عند العقد.

(٤) لم أجده بعد طول بحث.

(٥) سورة الأحزاب، الآية (٢١).

(٦) تقدم تخريجه (٢/١٩١). وفيه «رد» لا «مردود».

النكاح بخطبة.

[**قالوا:** ويروى أنه ﷺ قال: «كل أمر ذي بال لم يبدأ فيه بذكر الله؛ فهو أبتر»(١).

والنكاح أمر ذو بال](٢).

[**والدليل لقولنا قوله تعالى:** ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم مِّنَ ٱلنِّسَآءِ﴾(٣).

ولم يذكر خطبة](٤).

وأيضا قوله: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾(٥).

واسم النكاح يحصل وإن لم تكن فيه خطبة.

وقال ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»(٦).

---

(١) أخرجه أبو داود (٤٨٤٠) وابن ماجه (١٨٩٤) وأحمد (٣٥٩/٢) والدارقطني (٢٢٩/١) والبيهقي (٢٩٦/٣) وقال: «أسنده قرة، ورواه يونس بن يزيد، وعقيل بن خالد، وشعيب بن أبي حمزة، وسعيد بن عبد العزيز، عن الزهري عن النبي ﷺ مرسلا».
قلت: وقرة ضعيف الحديث كما قال يحيى بن معين وغيره. ومرسلات الزهري عند العلماء شبه الريح.
وقال ابن حجر في التلخيص الحبير (١٥١/٣): «واختلف في وصله وإرساله، فرجح النسائي والدارقطني الإرسال».
وقال الألباني في الإرواء: «وجملة القول أن الحديث ضعيف لاضطراب الرواة فيه على الزهري، وكل من رواه عنه موصولا ضعيف، أو السند إليه ضعيف، والصحيح عنه مرسلا كما تقدم عن الدارقطني وغيره». (٣٠/١ ـ ٣٢).

(٢) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل. والمثبت من عيون المجالس.

(٣) سورة النساء، الآية (٣).

(٤) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من السياق.

(٥) سورة النور، الآية (٣٢).

(٦) تقدم تخريجه (٣٠٥/٥).

فجعل شرطه حصول الولي، ولم يقل: «لا نكاح إلا بخطبة».

ولنا أيضا سائر الظواهر التي ذكرناها في المسألة المتقدمة من الكتاب والسنة، ليس في شيء من ذلك ذكر الخطبة.

وقوله ﷺ: «قد زوجتكها بما معك من القرآن»[١].

ولم ينقل عنه أنه خطب[٢]، وتزويجه سنة كأفعاله، فينبغي أن يتبع في الواجب والسنة والإباحة.

وأيضا فإنه عقد معاوضة فلا يفتقر في صحته إلى خطبة، دليله سائر العقود.

أو نقول: هو عقد على منفعة فأشبه الإجارة.

فأما خطبته ﷺ في تزويج فاطمة عليها السلام؛ فمحمول على الاستحباب والفضل؛ بدليل أنه قد ترك الخطبة في قوله «قد زوجتكها بما معك من القرآن»[٣]، وبدليل القياس.

وقوله عليه السلام: «كل أمر ذي بال لا يبتدأ فيه بحمد الله فهو أبتر»[٤]؛ أي مقطوع أي ناقص، فلم يدل على أن العقد لا يتم وإن كان أبتر؛ لأنه عليه السلام قد زوج ولم يخطب.

فإن قيل: عقد النكاح مخصوص من بين العقود بالولي في جميعه،

(١) تقدم تخريجه (٥/٥٢١).
(٢) أي في هذه الحادثة لا مطلقا. وانظر المغني (٩/٢٧٣).
(٣) تقدم تخريجه (٥/٥٢١).
(٤) تقدم تخريجه (٥/٥٨٣).

وبالشهادة، والإشادة.

قيل: قد خصصناه باستحباب الخطبة فيه، كالإشادة التي ليست عندنا من شرط صحته.

مَسْأَلَة (٣٠):

اختلف قول مالك رضي الله عنه في نكاح المريض والمريضة المَخُوف عليهما، فقال: يفرق بينهما وإن صح المريض.

فيدل على أن الفرقة واجبة[١].

وروى ابن نافع عنه أنه لا يفرق بينهما إذا صح المريض منهما.

وكذلك إن كانا مريضين (١٧٠) [ثم صحا][٢].

فهذا يدل على أن الفرقة بينهما [مستحبة غير واجبة][٣].

---

(١) قال القاضي عبد الوهاب: «والظاهر من قوله «إنه يفسخ»؛ بطلاق، لأنه مفتقر إلى اجتهاد، ولقوله الخلاف فيه، وسواء دخل أو لم يدخل؛ لأن الدخول لا يصحح العقد الفاسد، فإن لم يدخل؛ فسخ ولا شيء لها. وإن دخل؛ فلها الصداق من ثلثه لفساد العقد، وإن لم يكن سمى لها؛ فلها صداق المثل؛ لأنه قيمة البضع، وإن كان هناك مسمى؛ نظر، فإن كان مثل صداق المثل أو أقل؛ كان جميعه لها، وإن زاد عليه؛ ففيه روايتان مبنيتان على وجوب التوارث إن مات قبل الفسخ: إحداهما: إنه ليس لها إلا بقدر صداق المثل؛ لأنا إن زدناها على ذلك لم تخل أن تكون وارثة أو غير وارثة، فإن كانت ترثه؛ كان ذلك وصية لوارث، وإن كانت لا ترثه؛ كان ذلك إخراج مال على غير عوض، والأخرى أنه لها الجميع؛ لأنها ليست بوارثة، فأكثر ما في هذا الباب أن يكون وصية لغير وارث». المعونة (٢/٥٧٢).

(٢) طمس بالأصل، والمثبت من عيون المجالس.

(٣) في الأصل: واجبة مستحبة.

[والأول][1] أظهر عنه وأشهر[2].

والثاني عندي أولى[3].

وقال أبو حنيفة والشافعي: إنه يجوز[4].

والدليل على المنع من جوازه هو أن الفروج في الأصل على الحظر حتى يقوم دليل الإباحة.

وأيضا فإن النكاح يقتضي وجوب المهر ـ إما معجلا يذكر في العقد، أو مضمنا فيه ـ بغير عوض يحصل للمريض المخوف منه، وهو محجور عليه في إخراج ماله على غير عوض يحصل له من أجل ورثته، فيجب أن يمنع من النكاح لأنه يؤدي إلى إخراج ماله الذي هو الصداق من غير عوض يحصل له؛ إذ لا يقدر على الاستمتاع.

فإن قيل: فإن له أن يخرج ثلثه على غير [عوض][5]، ولا اعتراض لورثته فيه.

---

(١) طمس بالأصل، والمثبت من عيون المجالس.

(٢) انظر المعونة (٥٧٢/٢ ـ ٥٧٣) مناهج التحصيل (٤٩٣/٣) وممن قال به عطاء كما في المحلى (١٥٣/٩).

(٣) وسبب الخلاف اختلافهم في العلة التي لأجلها منع نكاح المريض، هل العلة فيه استدخال الوارث على الورثة، أو العلة الغرر الحاصل في الصداق؟ فمن ذهب إلى أن العلة المؤثرة في نكاح المريض استدخال الوارث على الورثة، لأنه كما منع من استخراج الوارث كذلك يمنع من استدخاله، وإلى هذه العلة مال جمهور متفقهة الزمان. مناهج التحصيل (٤٩٥/٣).

(٤) الأوسط (٥٢٣/٨ ـ ٥٢٥) المبسوط (١٦٨/٦).

(٥) في الأصل: فرض.

وأيضا فإنهم إن أجازوا له أن يخرج ماله ؛ [ ][1] فينبغي أن لا يمنع من النكاح.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: إن أمر الثلث مراعى واقف على الموت، فإذا حصل للورثة الثلثان ؛ حصل الثلث.

والثاني: أن الورثة ليسوا معينين ؛ لجواز أن يموتوا ويحدث غيرهم[2]، فالجميع مراعى واقف على الموت، والنكاح لا يقف صحته على الموت.

فإن قيل: فإن النكاح الموقوف عندكم يجوز، فأجيزوا هذا النكاح ويكون موقوفا[3].

قيل: النكاح الموقوف إذا أجزناه ؛ فإنما يراعى حتى يتقرر إما من جهة الزوج، أو من ناحية المرأة، وبموت الزوج لا يبقى من يجيزه، وليس هو عقدا يورث حكمه [لا][4] من جهة العقد ولا الفرقة، وإنما هو من جهة الزوج الذي يملك الاستمتاع والوطء، وبموته يبطل، فلا معنى لعقده.

فإن قيل: فإنه يملك الخدمة.

---

(١) كلمة لم أتبينها.

(٢) قال الرجراجي: «واختلفوا أيضا إذا تزوج حرة مسلمة بإذن ورثته، هل يجوز النكاح أم لا ؟ على قولين: أحدهما: أن ذلك لا يجوز لإمكان أن يموت الآذن ويصير الميراث لغيره، وهو قول محمد في كتابه. والثاني: أنه جائز، وهو اختيار بعض المتأخرين». مناهج التحصيل (٤٩٦/٣).

(٣) تقدم هذا (٣٣٧/٥).

(٤) في الأصل: إلا.

قيل: المقصود من عقد النكاح الوطء والخدمة تبع؛ بدليل لا يجوز أن يتزوج من لا يجوز له وطؤها لخدمة.

فإن قيل: هو عقد معاوضة، فينبغي أن يكون كثمن الجارية.

قيل: الجارية (١٧١) تحصل للورثة فهي العوض كالثمن.

وأيضا فإن موضوع الملك في الجارية للخدمة والوطء تبع؛ بدليل أنه يملك من لا يجوز له وطؤها كأخته من الرضاعة، فيحصل له منها الخدمة ويحصل بعده للورثة.

فإن قيل: قد يجوز أن يطأها فتصير أم ولد، فيبطل ملكها عن الورثة.

قيل: إن كان فيه من الاستمتاع ما يولد [لمثله][١]؛ فإن نكاحه يصح[٢].

فإن قيل: فإن الابن الصغير محجور عليه، ومع هذا يجوز أن يزوَّج.

قيل: الابن الصغير محجور عليه لنفسه، كالسفيه المجنون، فجاز أن يعمل ما فيه مصلحته، وليس كذلك المريض؛ لأنه محجور عليه لأجل ورثته، ومصلحته هو في نفسه ليست في التزويج إذا كان مخوفا، والصبي لا يتعلق بماله حق الغير، والمريض يتعلق بماله حق الغير.

فإن قيل: فليس في الصبي استمتاع ولا المريض أيضا.

---

(١) في الأصل: منه.

(٢) بناء على قول من فصل بين أن يكون نكاحه للحاجة والإصابة والقيام بحقوق الزوجة؛ فيجوز، أو يكون غير قادر على الإصابة وقصد الإضرار بالزوجة؛ فلا يجوز، وهذا القول حكاه ابن المنذر عن مالك وابن القاسم. مناهج التحصيل (٣/٤٩٤).

قيل: الصبي الغالب من حاله السلامة وحصول الاستمتاع، والغالب من المرض المخوف الموت، فافترقا، فلا يجوز أن يخرج مال المريض إلا على عوض يحصل له أو للورثة، كما أن الصبي لا يجوز إخراج ماله إلا عن عوض يحصل له، ولا عوض يحصل للمريض من النكاح مع الخوف عليه والغالب من أمره الموت.

فإن قيل: فإن المريض يتطبب ويأكل الطيبات، ويكتسي برفيع الثياب، ويعطي الطب، ويخرج أمواله في ملاذه.

قيل: ليس له أن يسرف، ولا يُخرج زيادة على ما يحتاج إليه مثله، فالقدر الذي يخرجه ينتفع به، والمقصود منه يحصل له، والنكاح لا يحصل له منه المقصود.

ويجوز أن نقول: أتسلمون لنا أن المطلقة في المرض ترث وهو قول أبي حنيفة وأحد قولي الشافعي(١)، وإن لم تسلموا؛ دللنا عليه بما يأتي في موضعه، وإن سلموه؛ قلنا: إذا كانت المطلقة في مرضه ترث لأن سبب الميراث قد وجب لها؛ فليس (١٧٢) له أن يدخل [عليها](٢) من يجوز أن يرث معها، فينقصها من حقها مع قدرته أن لا يفعل(٣)، وليس بواجب عليه؛

(١) انظر الإشراف (٤٣٨/٣) المبسوط (١٥٤/٦) مجموع الفتاوى (٣٦٩/٣١).

(٢) مكررة بالأصل.

(٣) قال ابن حزم: «قلنا: قستم الخطأ على الخطأ، ثم أخطأتم في القياس؛ لأنكم أجزتم طلاق المريض وورثتموه بعد ذلك، فإن أردتم إصابة القياس فأجيزوا نكاحه، وامنعوه الميراث مع ذلك. وهذا مما ترك فيه الحنفيون القياس الذي هو عندهم أصل لا يجوز تركه. ومن العجائب أن مالكا يفسخ نكاح الأمة الفارة، كما يفسخ نكاح الصحيحة للمريض، ولا يدع للفارة مما سمي لها إلا ثلاثة دراهم، ويجعل للتي تزوجت المريض جميع مهر مثلها. فهل يسمع=

لأن منعها من بعض ميراثه كمنعها من جميعه، ألا ترى أنها ترث الربع أو الثمن لها وحدها، فإذا تزوج عليها في مرضه أخرى ثم مات؛ شاركتها في الربع أو الثمن، فلما لم يكن له أن يقطعها عن ميراثها جملة؛ لم يكن له أن يدخل عليها من ينقصها منه، مع كونه غير واجب عليه.

فإن قيل: فإنه يستلحق ابنا وبنتا في مرضه، فينقصها من الربع إلى الثمن.

قيل: هذا واجب عليه، والنكاح ليس بواجب عليه(١).

فإن قيل: فجوِّزوا له أن يعقد على أمة أو كتابية؛ لأنهن لا يرثنه.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: إن المهر يلزم فيه، وقد ذكرنا أنه يخرجه على غير عوض(٢).

والجواب الآخر: هو أنه يجوز أن يعتق الأمة وتسلم الكتابية قبل موته فيرثانه، فوجب أن يحسم الباب فيه.

فإن قيل: فإن العبد يتزوج عندكم بغير إذن سيده، وهو محجور عليه لأجله، ونكاحه موقوف، فجوزوا هذا في المريض.

قيل: العبد نكاحه صحيح، والمهر في ذمته لا يتعلق به حق، للسيد

= بأعجب من هذا التحكم بلا برهان؟!» المحلى (٩/١٥٦).

(١) انظر المحلى (٩/١٥٥).

(٢) بناء على قول من منعه، وهو قول محمد بن المواز. وقيل: إن النكاح جائز، وهو قول أبي مصعب. وسبب الخلاف اختلافهم في الطوارئ هل تراعى أو لا تراعى؟ فمن اعتبر الطوارئ؛ قال: لا يجوز؛ لأن الأمة قد تعتق، والكتابية قد تسلم. ومن لم يعتبرها؛ قال بالجواز؛ لأن الإسلام والعتق يقل وقوعه. مناهج التحصيل (٣/٤٩٦).

الخيار في فسخه، فعقده منبرم؛ لأن السيد لو لم يعلم بتزويجه حتى أعتقه؛ لم يكن له اعتراض على نكاحه ولا فسخه، فثبت أن نكاحه منبرم، وإنما يعرض بعده فسخ السيد ما دام في رقه.

مسألة (٣١):

لا يجوز عقد النكاح على الحامل من زنا حتى تضع، وسواء كان العاقد هو الزاني أو غيره[١].

واختلفت الرواية عن أبي حنيفة[٢]، فقال مثل قولنا في أحد الروايتين عنه، وهو قول أبي يوسف[٣].

وقال الشافعي: يجوز العقد عليها[٤] (١٧٣) وإن كنت لا أستحبه[٥].

والدليل لقولنا أن الفروج في الأصل محظورة إلا بدليل، ولم يقم الدليل على هذا العقد.

وأيضا قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعْنَ حَمْلَهُنَّ﴾[٦].

فهو عام في كل حامل من حلال أو حرام.

---

(١) انظر الإشراف (٣/٣١٩ ـ ٣١٧) وهو مذهب أحمد كما في المغني (٩/٣٨٥ ـ ٣٨٧).

(٢) أما إذا كان الحبل من زنا منه؛ جاز النكاح بالاتفاق. قاله ابن الهمام (٣/٢٣٢).

(٣) والرواية الأخرى أنه يجوز، وهو قول محمد بن الحسن. شرح فتح القدير (٣/٢٣٢).

(٤) وبه قال ابن حزم، إلا أنه لا يحل للزوج أن يطأها حتى تضع حملها. المحلى (٩/١٥٦).

(٥) روضة الطالبين (٨/٣٧٥).

(٦) سورة الطلاق، الآية (٤).

وأيضا قول النبي ﷺ: «[لا توطأ حامل حتى تضع، ولا غير ذات حمل حتى تحيض][1]»[2].

ولم يفرق بين من وطئت بحلال أو حرام، فمنع من الوطء، فدل على ما ذكرنا؛ لأن كل من [جاز][3] العقد عليها؛ جاز وطؤها.

وقد قال ﷺ: «لا يحل لمؤمن أن يسقي ماءه زرع غيره»[4].

وقال ﷺ: «من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو مردود»[5].

وأمره هو ما قدمناه من أقوال الله تعالى وأقواله ﷺ في ذلك.

وأيضا فقد روى سعيد ين المسيب عن رجل من الأنصار من أصحاب رسول الله ﷺ يقال له [نضرة بن أكتم، **وقيل**: بصرة][6]، قال: تزوجت امرأة بكرا في سترها فدخلت بها، فإذا هي حبلى، ففرق النبي ﷺ بيننا، وقال: «لها الصداق»[7].

---

(١) في الأصل: لا توطأ حامل حتى تحيض، ولا حامل حتى تضع، والتصحيح من التخريج.

(٢) أخرجه أبو داود (٢١٥٧) وأحمد (٣/٦٢) والحاكم (٢/٢٤٣) والبيهقي (٧/٧٣٨) وإسناده صحيح.

(٣) في الأص: أجاز.

(٤) أخرجه أبو داود (٢١٥٨) والترمذي (١١٣١) وأحمد (٤/١٠٨ ـ ١٠٩) والبيهقي (٧/٧٣٨ ـ ٧٣٩) وقال الترمذي: حديث حسن.

(٥) تقدم تخريجه (٢/١٩١).

(٦) قال ابن حجر: «بصرة بفتح أوله وسكون المهملة، ابن أكتم، ويقال بسرة، بضم أوله وبالسين، ويقال نضلة بنون مفتوحة ومعجمة. صحابي من الأنصار». التقريب (١٢٦).

(٧) أخرجه ابن حزم في المحلى (٩/١٥٧) والبيهقي (٧/٢٥٤ ـ ٢٥٥) وقال: منقطع بين سعيد ونضرة.

وهذا كالنص في مسألتنا.

فإن قيل: فإن قوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلْأَحْمَالِ أَجَلُهُنَّ﴾[1] إنما أراد به الحمل الذي يلحق بالوطء؛ بدليل قول النبي ﷺ: «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[2]، فجعل للزاني الحجر، وهذه عبارة عن أنه لا شيء له، فلا حكم لفعله، هذا مقتضى كلام العرب، تقول: «بفيه الحجر» أي رجع خائبا، فجعل عليه السلام الزنا كَلَا ماء، فدل على جواز العقد عليها؛ لأنه لو لم تزن جاز العقد عليها.

قيل: إن الله تعالى لم يخص، وعم كل حامل، سواء كان الحمل لاحقا بأحد أم لا.

فإن قيل: هذا مذكور في سورة الطلاق بعد أن ذكر عدد المطلقات فقال: ﴿وَٱلَّٰٓـِٔي يَئِسۡنَ مِنَ ٱلۡمَحِيضِ مِن نِّسَآئِكُمۡ إِنِ ٱرۡتَبۡتُمۡ فَعِدَّتُهُنَّ ثَلَٰثَةُ أَشۡهُرٖ وَٱلَّٰٓـِٔي لَمۡ يَحِضۡنَۚ وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ﴾[3].

قيل: لا يمتنع (١٧٤) أن يكون أول الآية خاصا في المطلقات، عاماً في الحوامل، مطلقات كن أم غير مطلقات، فأما قوله ﷺ «الولد للفراش وللعاهر الحجر»[4]؛ فإنما المقصد منه أن يعلم أن الزاني لا فراش له ولا ولد، ولا يمنع هذا ما ذكرناه من أنها لا تتزوج ولا توطأ حتى تضع الولد الذي حملته وإن لم يلحق بأحد.

---

(١) سورة الطلاق، الآية (٤).

(٢) تقدم تخريجه (٥/٥٦٥).

(٣) سورة الطلاق، الآية (٤).

(٤) تقدم تخريجه (٥/٥٦٥).

وقولهم: «إنها لو لم تزن جاز العقد عليها، وماء الزاني كلا ماء»؛ فإننا نقول: إنها قد زنت وحملت، فهو بخلافها لو لم تزن، كما أن المطلقة الحامل لو لم تكن حاملا؛ لكانت بخلافها إذا كانت حاملا، ولو لم تتزوج وتوطأ وتحمل؛ لجاز أن تتزوج، **فلا ينبغي أن يجعل ما قد وجد بمنزلة ما لم يوجد.**

وقولهم: «ماء الزان كلا ماء»؛ فغلط؛ لأن الحمل منه لا يلحق بمن يتزوجها كما لا يلحق به حمل من هو لاحق بأبيه من تزويج صحيح، فقد استوى الحملان جميعا في أنهما لا يلحقان بالزوج الثاني، فلا ينبغي أن يتزوجها ولا يطأها؛ لأن في بطنها حملا ليس منه[1]، كالحامل من زوج يلحق به النسب.

فإن قيل: قول النبي ﷺ: «لا توطأ حامل حتى تضع»[2]؛ عنه جوابان:

أحدهما: أن هذا كلام في الوطء، وخلافنا في العقد.

والجواب الآخر: إن هذا ورد في المسبيات، وحمل المسبية يلحق بالواطئ إذا علمنا أنها جارية مشرك أو زوجته، ولهذا منع من وطئها، والحامل من زنا لا يلحق حملها بالزاني، فلم يمنع من وطئها.

قيل: قد يكون في المسبيات حامل من زنا، كما فيهن حمل من غير زنا، والنبي عليه السلام عم ولم يخص، فكما لم يلحق الحمل بهذا الواطئ وإن كان

---

(١) قال ابن عبد البر: «لا خلاف بين العلماء قديما وحديثا أنه لا يجوز لأحد أن يطأ امرأة حاملا من غيره بملك يمين، ولا نكاح، ولا غير حامل؛ حتى يعلم براءة رحمها من ماء غيره». الاستذكار (٢١٣/١٤).

(٢) تقدم تخريجه (٥٩٢/٥).

الحمل من زوج أو مولى، فكذلك لا يلحق به الحمل الذي من زنا، فلا ينبغي أن يطأ حاملا بوجه، سواء كان الحمل من حلال أو حرام؛ لأنهما جميعا غير لاحقين به.

وقولهم: «إن هذا ورد في الوطء (١٧٥) وخلافنا في العقد»؛ فإننا نقول: لا يخلو أمركم من أحد أمرين: إما أن تجوِّزوا الوطء بعد العقد، أو لا تجوِّزوه، فإن جوزتموه؛ فقد منع النبي ﷺ من وطئها ما دامت حاملا لأجل الحمل، ومن منع من وطئها من أجل الحمل؛ لم يجوز العقد عليها كالعدة الصحيحة.

أو لا تجوزوه؛ فإنما لا يجوز لأجل الحمل، فلا يجوز العقد عليها، كما لا يجوز العقد على حامل من حلال لأجل الحمل الذي لا يلحق به.

ونحن نجوِّز هذا فنجعله قياسا فنقول: هي حامل من غيره، فوجب أن لا يجوز عقده عليها حتى تضع حملها، أصله الحامل من غيره بنكاح، أو ملك يمين، أو شبهة، وإن تمنعوا من وطئها بعد العقد؛ قلنا: هي قياس المعتدة لأجل الحمل.

أو نقول: هو منهي عن وطئها بعد العقد لأجل الحمل، فلا يجوز العقد عليها، أصله إذا كان الحمل من نكاح.

فإن قيل: قوله عليه السلام: «لا يسقين ماءه زرع غيره»(١)؛ فإنه ليس هاهنا زرع الغير؛ لأن زرع الغير إنما يقال في الموضع الذي يكون الزرع للزارع، وهذا الحمل لا يلحق بالزاني، فعلم أنه أراد به الحمل الذي يلحق بالواطئ.

(١) تقدم تخريجه (٥/٥٩٢).

قيل: ماؤه ليس بزرع له، فهو زرع لغيره لا محالة، وهذا قصده ﷺ حتى لا يدخل ماء الصحيح على ماء فاسد، فالزاني زرع هذا الزرع ـ وإن لم يلحق به في الحكم ـ فهو غيره[1]، ألا ترى أن هذا الزرع لا يكون لهذا الزاني تنازعنا فيه كما لا يكون له الحمل الذي زُرع بنكاح أو بملك يمين، وكما لا يعقد على حامل من حلال لا يعقد على حامل من حرام؛ لأن الزرعين جميعا ليس له.

فإن قيل: فإن كل وطء له حرمة ويوجب عدة؛ فإنه إذا طرأ على الزوجية؛ أوجب عدة تمنع الزوج منها، كالوطء بشبهة لما كانت له جهة في غير نكاح [ ][2] فإذا وطئت زوجة الرجل بشبهة؛ منع الزوج منها، وكانت عليها (١٧٦) العدة، فلما تقرر أن الزنا إذا طرأ على الزوجية لم يوجب عدة ولا يمنع الزوج منها؛ علم أنه لا حرمة لهذا الوطء، ولا يوجب عدة.

قيل: عن هذا جوابان:

أحدهما: أن الوطء بشبهة إذا طرأ على النكاح؛ وجب الاستبراء لأجل النسب الذي لا يلحق بالناكح الذي هو الزوج، فالزنا مثله عندنا، يجب أن لا يطأها الزوج إذا زنت حتى يستبرئ رحمها لأجل النسب الذي إذا ظهر من الزنا لم يلحق به، لا فرق بينهما عندنا.

والجواب الثاني: هو أنه يمتنع الفرق بينهما من وجه؛ وهو إذا حصل الوطء بشبهة ولم يظهر الحمل، فيكون للشبهة من القوة ما ليس للزنا في باب

(١) هكذ بالأصل.

(٢) كلمة ممحوة.

الاستبراء؛ لأنها في الحال غير حامل، وقد يجوز أن لا تحمل منهما جميعا، فأما إذا ظهر الحمل قبل النكاح؛ فهو كما يظهر بعده، سواء كان الواطئ بشبهة أو بزنا؛ لأن الحمل الذي ليس منه قد تحققه بظهوره، ففي أي موضع ظهر الحمل الذي ليس منه؛ يجب أن لا يطأ معه حتى تضعه.

فإن قيل: فإنه إذا تحقق الحمل وأنه ليس منه؛ كان أولى بجواز العقد والوطء؛ لأنه قد تحقق أن الولد لا يلحق به، وقبل أن يظهر هو في شك.

قيل: هذا يلزمك في التي حملت من شبهة، فسقط هذا.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿وَأُحِلَّ لَكُم مَّا وَرَآءَ ذَٰلِكُمْ﴾[1] بعد أن عد الأعيان المحرمات.

قيل: هذا مخصوص بما ذكرناه من الكتاب والسنة في الحامل وبالقياس.

فإن قيل: فقد روي [عن][2] عمر رضي الله عنه أنه يحرص أن يجمع بين الزانيين[3]، فإنما أراد الجمع بينهما في الحال.

[**قيل**: ليس فيه أنه أراد أن يجمع بينهما في الحال][4]، وإنما فيه أنه حرص على الجمع بينهما، فينبغي أن يكون في الوقت الذي يجوز فيه الجمع، ألا ترى أنه لو قال له: إذا استبرأت نفسها من هذا الوطء؛ فتزوجها، فقال الغلام: لا أفعل؛ لكان قد حرص على الجمع بينهما ولكن في وقته.

---

(١) سورة النساء، الآية (٢٤).

(٢) ساقطة من الأصل.

(٣) تقدم تخريجه (٥/٥٧٥).

(٤) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل.

ثم لا [يمتنع][1] أن يكون في المسألة (١٧٧) خلاف، فيجوز عند عمر كما يجوز عندكم، وليست مسألة إجماع.

على أنكم تستحبون أن لا يعقد عليها حتى تضع، أفتستحبون خلاف ما حرض عليه عمر رضي الله عنه[2]، وهو لا يحرص إلا على مستحب، فقد خالفتموه.

فإن استدلوا بالظواهر مثل قوله: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾[3] و﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم﴾[4]، وبقوله: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾[5] وأن دليله يقتضي أن من ليست بمطلقة لا تتربص، وبقوله ﷺ: «لا نكاح إلا بولي»[6] وهذا عقد عقده ولي، وما أشبه ذلك.

قيل: هذا كله مخصوص بما ذكرناه، فتقديره ﴿فَٱنكِحُواْ﴾ ما لم تكن حاملا، ودليل قوله: ﴿وَٱلۡمُطَلَّقَٰتُ يَتَرَبَّصۡنَ بِأَنفُسِهِنَّ﴾[7] يقضي عليه.

وقوله تعالى: ﴿وَأُوْلَٰتُ ٱلۡأَحۡمَالِ أَجَلُهُنَّ أَن يَضَعۡنَ حَمۡلَهُنَّ﴾[8].

وقوله عليه السلام: «لا توطأ حامل حتى تضع»[9].

(١) طمس بالأصل، وما أثبته من السياق.
(٢) انظر المحلى (٩/١٥٧).
(٣) سورة النور، الآية (٣٢).
(٤) سورة النساء، الآية (٣).
(٥) سورة البقرة، الآية (٢٢٦).
(٦) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).
(٧) سورة البقرة، الآية (٢٢٦).
(٨) سورة الطلاق، الآية (٣).
(٩) تقدم تخريجه (٥/٥٩٢).

والقياس الذي ذكرناه.

فإن قيل: فقد قال ﷺ: «[الحرام لا يحرم][1] الحلال»[2].

والعقد حلال، فلا يحرمه الوطء الذي كان قبله حراما.

قيل: حتى يثبت أن العقد في هذا الموضع حلال، ولم يثبت لما ذكرناه.

فإن قيل: كل وطء لا يوجب مهرا ولا تحريما؛ وجب أن لا يوجب عدة ولا يمنع من الغقد، أصله الوطء دون الفرج.

قيل: هذا معارض بقياسنا، ورد الحامل إلى الحامل أولى من ردها إلى غير حامل.

فإن قيل: لو وطئها رجل بشبهة وهي زوجة فحملت أو زنت فحملت؛ لم يرتفع حكم العقد الصحيح، فقد ثبت أن ما لا حرمة له قد طرأ على العقد الذي له حرمة، فلم يرفعه، وإذا تقرر هذا؛ فالعقد له حرمة ينبغي أن لا يمنع بالحمل من زنا لا حرمة له.

قيل: عنه جوابان:

أحدهما: يلزمكم أن تجيزوا ابتداء العقد على حامل من شبهة كما تجوزوه على حامل من زنا؛ لأنهما جميعا إذا طرءا على العقد لم [ ][3] حكم، فلما منعتم العقد (١٧٨) على الحامل من شبهة؛ لزمكم أن تمنعوه على الحامل بزنا.

(١) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل، والمثبت من تخريج الحديث.

(٢) تقدم تخريجه (٥/٥٦٥).

(٣) كلمة ممحوة.

والجواب الآخر: هو أنه ينبغي أن يثبت العقد على الحامل من زنا، ثم ينظر في رفعه، ولم يثبت أنه حلال له حرمة في مسألتنا ثم طرأ عليه ما لا حرمة له لم يرتفع حكمه، كما إذا ثبت أن من له زوجة طرأ عليها وطء لا حرمة له؛ لم يرفع حكم زوجيته.

وقد ذكرنا في خبر نضرة عن النبي ﷺ ما يجري مجري النص[(١)]. وبالله التوفيق.

[والذي][(٢)] أعرف من قول أبي حنيفة أن قوله إنما اختلف في نكاح المسبية الحامل، ولم يختلف في جوازه في الحامل من زنا، فنقيس إذا كانت حاملا من زنا على المسبية في أحد الروايتين إن قالوا إنها في المسبية؛ بعلة أنها حامل حملا ليس منه[(٣)].

مَسْألة (٣٢):

لا يجوز الجمع بين الأختين بملك اليمين في الوطء، مع جواز الجمع بينهما في الملك، كما لا يجوز الجمع بينهما في عقد النكاح؛ **لأن الوطء في الإماء نظير العقد في النكاح**.

وهذا مذهب الفقهاء كافة[(٤)].

---

(١) تقدم تخريجه (٥٩٢/٥).

(٢) كلمة غير واضحة بالأصل، والمثبت من السياق.

(٣) انظر مجموع الفتاوى (٣٢/١١٠ ـ ١١١).

(٤) انظر الاستذكار (١٤/٢٧٨ ـ ٢٨٦) الإشراف (٣/٣١٩) بداية المجتهد (٤/٢٧٩)=

إلا أهل الظاهر فإنهم قالوا: كما يجوز الجمع بينهما في الملك؛ يجوز الجمع بينهما في الوطء(١).

والدليل لقول الجماعة قوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمْ أُمَّهَٰتُكُمْ﴾ إلى أن قال: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ إِلَّا مَا قَدْ سَلَفَ﴾(٢)، فحرم الجمع بين أختين عموما، ولم يفرق بين الجمع بينهما في نكاح أو في وطء.

قال ابن داود: على هذا لا يجوز أن يكون المراد به الجمع بينهما فيه [لأنه](٣) لا يمكن، ألا ترى أنه في حال ما يطأ إحداهما لا يمكنه أن يطأ الأخرى، فعلم أنه أراد به تعالى تحريم الجمع بينهما في النكاح الذي الجمع فيه ممكن؛ لأنه يعقد عليهما في حال واحدة.

= الأم (٦/٧ ـ ٩) الأوسط (٤٩٢ ـ ٤٦٥) المغني (٩/٣٥٥ ـ ٣٥٨) تكملة المجموع (١٩/٣٧٠ ـ ٣٧٥).

(١) وذهب ابن حزم إلى أنه لا يجوز الجمع بينهما لا في العقد ولا في الوطء حيث قال: «لا يحل الجمع في استباحة الوطء بين الأختين من ولادة أو من رضاع كما ذكرنا، لا بزواج ولا بملك يمين. المحلى (٩/١٣٢)

وسبب اختلافهم معارضة عموم قوله تعالى: ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ لعموم الاستثناء في آخر الآية، وهو قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَا مَلَكَتْ أَيْمَٰنُكُمْ﴾ وذلك أن هذا الاستثناء يحتمل أن يعود لأقرب مذكور، ويحتمل أن يعود لجميع ما تضمنته الآية من التحريم، إلا ما وقع الإجماع على أنه لا تأثير له فيه، فيخرج من عموم قوله تعالى ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ بملك اليمين، ويحتمل أن لا يعود إلا لأقرب مذكور، فيبقى قوله ﴿وَأَن تَجْمَعُوا۟ بَيْنَ ٱلْأُخْتَيْنِ﴾ على عمومه، ولا سيما إن عللنا ذلك بعلة الأخوة، أو بسبب موجود فيهما. بداية المجتهد (٤/٢٧٩).

(٢) سورة النساء، الآية (٢٣).

(٣) ساقط من الأصل.

والجواب على ما قال من أوجه:

أحدها: أن الجمع بينهما في الاستمتاع ممكن وإن لم يمكن في نفس الوطء؛ لأنه يعانقها وهو نائم (١٧٩) بينهما، أو يولج في إحداهما وهو يُقبِّل الأخرى، [فإذا][1] ثبت أن هذا الضرب من الاستمتاع محرم؛ ثبت تحريم الوطء؛ لأن كل من قال: [الجمع][2] بينهما في الوطء جائز؛ قال: الاستمتاع أيضا جائز، ومن منع الوطء منع الاستمتاع.

وأيضا فإن الجمع على ضربين: جمع اقتران، وجمع موالاة ومتابعة، فإذا وطئ إحداهما ثم وطئ الأخرى؛ فإنه يسمى جامعا من حيث الموالاة، كمن يجمع بين الصلاتين فيسمى جامعا.

وأيضا فإن الصحابة ﷺ أجمعوا على أن هذه الآية أفادت تحريم الجمع في النكاح وفي ملك اليمين، ولم يقل أحد منهم: إن المراد بها النكاح دون الوطء في الملك، بل افترقوا فرقتين، منهم من قال: حرمتهما آية وأحلتهما آية، والتحليل أولى، وهو قول ابن عباس.

ومنهم من قال: التحريم أولى؛ لأن قوله: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ أخص من قوله: ﴿إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَٰنُهُمۡ﴾[3]، وهذه أعم منها.

وأيضا فإن إجماع الصحابة هنا، روي هذا عن عمر، وعلي، وعائشة،

---

(١) بياض بالأصل، والمثبت من السياق.

(٢) طمس بالأصل بمقدار ثلاث كلمات أو أربع. والمثبت من السياق.

(٣) سورة المؤمنون، الآية (٥).

وابن مسعود، وعمار، وابن عباس، وابن الزبير رضي الله عنهم.

فأما عمر؛ فروي عنه أنه نهى عنه[1].

وأما ابن عمر؛ فروي عنه أنه قال: «وددت أن أبي كان في ذلك أشد»[2].

وروي عن علي أنه قال: «لو كان الأمر إلي، ورأيت رجلا يفعل ذلك؛ لجعلته نكالا»[3].

وقال ابن عباس: «أبهموا ما أبهم الله عز وجل»[4].

ولنا أيضا قول النبي صلى الله عليه وسلم: «لا يجمع بين المرأة وعمتها، ولا بينها وبين خالتها»[5].

---

(١) أخرجه مالك في الموطأ كتاب النكاح باب ما جاء في كراهية إصابة الاختين بملك اليمين (٣٣) وابن حزم في المحلى (٩/١٣٣) والبيهقي (٧/٢٦٥).

(٢) هذا وهم من المصنف تبع فيه غيره، ليس قائل هذا هو ابن عمر، وإنما هو عبد الله بن عتبة، فقد أخرج ابن حزم (٩/١٣٣) والبيهقي (٧/٢٦٥ ـ ٢٦٦) عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة عن أبيه قال: سئل عمر رضي الله عنه عن الجمع بين أم وابنتها؟ فقال عمر: ما أحب أن يَخبُرهما جميعا. وقال ابن عتبة: فوددت أن عمر كان أشد في ذلك مما هو».
وقال البيهقي: «وقد غلط المزني ـ رحمه الله ـ في ذلك فقال: قال ابن عمر: وددت... وإنما هو ابن عتبة لا شك فيه». اهـ.
قلت: ثبت عن ابن عمر النهي عن ذلك في غير هذه القصة، أخرجه عنه ابن حزم (٩/١٣٣) والبيهقي (٧/٢٦٧).

(٣) أخرجه مالك في الموطأ كتاب النكاح باب ما جاء في كراهية إصابة الأختين بملك اليمين (٣٤) والبيهقي (٧/٢٦٥).

(٤) روى عنه المنع سعيد بن منصور في سننه (١٧٢٩) والدارقطني (٣/٢٨٢). وروى عنه الجواز عبد الرزاق في المصنف (١٢٧٣٦).

(٥) تقدم تخريجه (٥/٤٨٦).

وقد بطل أن يكون المراد الجمع بينهما بملك اليمين، [فبقي][1] أن المراد الوطء، وإذا ثبت ذلك في العمة والخالة؛ فكذلك في الأختين؛ لأنه لا يفرق بين الموضعين، وإنما نهى عن الجمع بينهما في النكاح لكي لا [يؤدي إلى][2] قطع الرحم بينهما، بالمضارة، وهو في ملك اليمين بالوطء موجب [ ][3] (١٨٠) الجمع بين الأختين فيه حتى يحرم [فرج الأخرى][4]، أصله الوطء في النكاح.

ونقول أيضا: إن كل امرأة صارت فراشا؛ [فإنه][5] لا يجوز وطء أختها حتى تحرم عليه الأولى، أصله إذا نكح أحدهما؛ لأنه إذا وطئ أحد الأختين؛ فقد صارت فراشا له كما لو عقد عليها عقد النكاح؛ لأن الوطء في الأمة نظير العقد في [الحرة][6] بالنكاح.

ومعنى قولنا: «فراش» أنه لو حملت لستة أشهر فصاعدا من يوم صارت فيه فراشا؛ لحق فيه الولد.

وأيضا فإن الوطء في ملك اليمين آكد من عقد النكاح؛ لأنه إذا عقد على امرأة؛ حرمت عليه أمها على التأبيد، وبنتها على الجمع، وإذا وطئ جارية بالملك؛ حرمت عليه أمها على التأبيد، وكذلك بنتها، ثم تقرر أنه إذا عقد على

(١) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.
(٢) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.
(٣) طمس بمقدار نصف سطر.
(٤) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.
(٥) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.
(٦) في الأصل: الأمة، وهو خطأ.

إحدى الأختين عقد نكاح ؛ حرم عليه العقد على الأخرى ، فبأن تحرم بالوطء أولى.

فإن قيل: فقد قال تعالى: ﴿وَٱلَّذِينَ هُمۡ لِفُرُوجِهِمۡ حَـٰفِظُونَ ۝ إِلَّا عَلَىٰٓ أَزۡوَٰجِهِمۡ أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَـٰنُهُمۡ﴾(١).

فأثنى على من حفظ فرجه إلا على زوجه أو ملك يمين ، فهو عام في الجمع وغيره.

وقال أيضا: ﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا تَعۡدِلُواْ فَوَٰحِدَةً أَوۡ مَا مَلَكَتۡ أَيۡمَـٰنُكُمۡ﴾(٢).

ولم يفرق بين الإفراد والجمع.

قيل: إن هاتين الآيتين عامتان في الجمع بين الأختين وغيره ، وقوله تعالى: ﴿وَأَن تَجۡمَعُواْ بَيۡنَ ٱلۡأُخۡتَيۡنِ﴾ خاص في الجمع بين الأختين ، [و](٣)**النهي الخاص يقضي على العام على أصولنا.**

[فإن قيل](٤): فإن آيتكم أيضا [عامة في](٥) [النكاح وملك اليمين ، وآيتنا خاصة في ملك اليمين.

قيل: معنى قولنا «خاص» أي أخص مما في مقابلته وإن كان هو في نفسه محتملا بالتقديم [ ](٦) لاحتماله في نفسه ، كما لو روي أن رسول الله ﷺ

---

(١) سورة المؤمنون ، الآية (٥).

(٢) سورة النساء ، الآية (٣).

(٣) في الأصل: في.

(٤) ما بين المعقوفتين ساقط من الأصل.

(٥) طمس بالأصل ، والمثبت من السياق.

(٦) كلمة ممحوة.

حرم [الخمر][1] وروي أنه أكل العنب؛ فإن التخصيص يقع به لأنه أخص مما في [مقابلته][2].

(١٨١)[3] وقد بينا أن المراد فعلكم في الأمهات من النكاح والملك والوطء وغير ذلك، إلا ما خصته الدلالة.

فإن قيل: فإن تحريم الجمع ضربان: تحريم العدد، وهو الجمع بين أكثر من أربع في النكاح، وتحريم الجمع بين الأختين، ثم قد تقرر أن تحريم الجمع من حيث العدد يختص به النكاح، ألا ترى أنه يجوز له الجمع بين ألف جارية في الملك، كذلك الجمع بين الأختين يجب أن يختص بالنكاح، ولا يتعلق بالملك.

قيل: لم يجب هذا، وهل هو إلا دعوى، على أن الفرق بينهما من وجهين: أحدهما: أنه إنما منع من الجمع بين أكثر من أربع في النكاح مخافة أن لا يعدل؛ لأنه لا يؤمن منه الجور، لأنه ربما ضاقت يده عن النفقة والمؤنة، وهذا المعنى معدوم في ملك اليمين، لأن نفقتهن في اكتسابهن، وكلما ضاق جاز بيع بعضهن إن لم تكن حاملا ولا أم ولد، والبيع بثمنها، وليس يؤدي ذلك إلى الجور وترك العدل، ثم إن المقصود من الملك الخدمة، والوطء تبع، ألا ترى أنه لو آلى منهن؛ لم يلزمه الوطء في الحرة، والأمة بعقد النكاح[4] يلزمه الوطء، والإيلاء يدخل عليه في ذلك، فالنكاح يتعلق

(١) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.
(٢) ليست في الأصل، والسياق يقتضيها.
(٣) هكذا بدأت هذه الصفحة، والظاهر أنه فقد صفحة أخرى قبلها.
(٤) هكذا بالأصل، ولعل الصواب: لم يلزمه الوطء في الأمة، والحرة بعقد النكاح.

به أحكام الزوجات ولا يتعلق بالملك، فإذا كثرن في النكاح؛ فربما لم يقدر على استيفاء حقوقهن فيه، فمنع منه، والإماء بالملك لا يتعلق بهن ما يتعلق بالنكاح، فلم يمنع من الجمع بينهن في الكثرة، والله أعلم.

مَسْأَلَة (٣٣):

وإن تزوج امرأة؛ حرمت عليه أمها على التأبيد بمجرد العقد، وإن لم يحصل معه دخول.

وبه قال أبو حنيفة وكافة الفقهاء[١].

وهو مذهب أكثر الصحابة منهم: ابن عباس[٢]، وابن عمر، وابن مسعود، وجابر، وأبو بكر رضي الله عنهم[٣]. (١٨٢)

قال ابن عباس: «أبهموا ما أبهم الله تعالى، إن الله حرم أمهات النساء من غير شرط الدخول، ولا شرط فيه الدخول»[٤].

(١) انظر الاستذكار (١٤/٢١٤ ـ ٢٢٢) بداية المجتهد (٤/٢٥٨ ـ ٢٥٩) الأوسط (٨/٤٧٩ ـ ٤٨٣) المغني (٩/٣٢٩ ـ ٣٣٠) المحلى (٩/١٤٠ ـ ١٤٣) الجامع لأحكام القرآن (٣/٩٨ ـ ٩٩).

(٢) قال ابن عبد البر: «وجابر وابن عباس مختلف عنهما في ذلك، فلا يصح فيه عمن لم يختلف عليه إلا ابن الزبير ومجاهد، وفرقة قالت بذلك ليس لها حجة». الاستذكار (١٤/٢٢٠).

(٣) انظر مصنف أبي شيبة (٦/٦٨ ـ ٧٠).

(٤) أخرج نحوه ابن عبد البر في الاستذكار (١٤/٢٢٠) وابن أبي شيبة (١٦٤١٨) والبيهقي (٧/٢٥٩) وروي نحوه عن عمران بن حصين. أخرجه ابن عبد البر أيضا (١٤/٢٢١) وعن زيد بن ثابت أخرجه مالك في الموطأ كتاب النكاح. والبيهقي (٧/٢٥٨).

وروي عن علي رضي الله عنه[1] وابن الزبير[2] أن أمهات النساء لا يحرمن إلا بالعقد والدخول بها، فأما بمجرد العقد؛ فلا.

وبه قال مجاهد[3].

وقال زيد بن ثابت: إن طلقها قبل الدخول؛ جاز له أن يتزوج بأمها، وإن ماتت قبل الدخول؛ لم يجز[4].

وجعل الموت كالدخول.

والدليل لقولنا أن الفروج في الأصل محظورة إلا بدليل، ولم يقم دليل على تزوج الأم بعد العقد على البنت.

وأيضا ما روى عبد الله بن المبارك، عن المثنى بن الصباح، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده عبد الله بن عمرو، أن رسول الله ﷺ قال: «من نكح امرأة ثم طلقها قبل أن يدخل بها؛ حرمت عليه أمها، ولم تحرم عليه بنتها»[5].

(١) أخرجه ابن عبد البر في الاستذكار (٢١٩/١٤) وابن حزم في المحلى (١٤١/٩) وابن أبي شيبة (١٦٤٠٦) وقال ابن عبد البر: «والحديث فيه عن علي رضي الله عنه ضعيف لا يصح؛ لأن خلاسا يروي عن علي مناكير، ولا يصحح روايته أهل العلم بالحديث. ومرسل قتادة عنه أضعف». اهـ قلت: وضعفه أيضا القرطبي في التفسير (٩٩/٥).

(٢) أخرجه ابن عبد البر في الاستذكار (٢١٨/١٤) وابن حزم (١٤١/٩).

(٣) أخرجه ابن عبد البر (٢١٨/١٤) وابن أبي شيبة (١٦٤١١).

(٤) أخرجه ابن عبد البر (٢٢٢/١٤) وابن أبي شيبة (١٦٤٠٧) وابن حزم (١٤٢/٩) والبيهقي (٢٥٨/٧ ـ ٢٥٩) وقال ابن عبد البر: «وهو عندي قول لا حظ له من النظر؛ لأن إصابته الميراث ليس بدخول ولا مسيس، والله عز وجل قد شرط الدخول».

(٥) أخرجه ابن عبد البر (٢٢١/١٤ ـ ٢٢٢) والبيهقي (٢٥٩/٧) وقال: «مثنى بن الصباح=

وهذا نص فيما اختلفنا فيه.

وأيضا قوله تعالى لما ذكر المحرمات قال: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمْ﴾[1].

وإذا عقد على امرأة؛ صارت من نسائه، فأمها محرمة عليه؛ لأنها أم امرأته، وهي من نسائه، ولهذا قال ابن عباس: «أبهموا ما أبهم الله»[2]، وهذه لم يشترط فيها غير أن تكون من أمهات نسائه.

فإن قيل: فإن الله تعالى لما ذكر الربيبة؛ شرط الدخول بأمها، فكان شرطا في جميع ما تقدم، كما يقولون في الاستثناء والشرط: إنه يرجع إلى جميع ما تقدم من الجملة إلا أن تقوم دلالة[3].

قيل: عن هذا ثلاثة أجوبة:

أحدها: أن ابن عباس قال: «هي مبهمة»[4]، يريد بلا شرط، وهو من سادات أهل اللغة، فلا يخلو إما أن يكون ذلك لغة، وأن الشرط لم يرجع إلى أمهات النساء، أو يكون قد قال هذا وهو [بخلاف][5] اللغة، فإن كانت

= غير قوي. وقد تابعه على هذه الرواية عبد الله بن لهيعة عن عمرو». اهـ

قلت: أخرج المتابعة الترمذي أيضا (١١١٧) وقال: «هذا الحديث لا يصح من قبل إسناده، وإنما رواه ابن لهيعة والمثنى بن الصباح عن عمرو بن شعيب، والمثنى بن الصباح وابن لهيعة يضعفان في الحديث».

قلت: وانظر أيضا التلخيص الحبير (٣/١٦٦) والإرواء (١٨٧٩).

(١) سورة النساء، الآية (٢٣).

(٢) تقدم تخريجه (٥/٦٠٧).

(٣) انظر ما تقدم حول هذا.

(٤) تقدم تخريجه (٥/٦٠٧).

(٥) طمس بالأصل، والمثبت من السياق، وما سيأتي بعده.

اللغة على ما حكاه؛ فهو ما ذكرناه، لأنه لا يرجع إلى جميع [ما تقدم، و](1) إن كان قوله بخلاف اللغة وأن اللغة تقتضي [رجوعه إلى جميع ما تقدم](2)؛ (١٨٣) فمثله لا يترك اللغة مع كونه من أهلها وهي لسانه إلا بتوقيف، فدل على أن في ذلك ما يمنع من رجوع الشرط إلى جميع ما تقدم.

والجواب الثاني: هو أن الشرط إنما يرجع إلى الجملة المذكورة، وإذا جاز أن يرجع إلى كل واحد من الجمل على الانفراد؛ ففي هذا الموضع لا يصح أن يرجع شرط الدخول إلى أمهات النساء؛ لأن الكلام يصير أقوى؛ لأنه يكون تقدير الكلام: «وأمهات نسائكم وربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم اللاتي دخلتم بهن»، و[أمهات](3) نسائنا لا يكن من نساء دخلنا بهن، فلم يجز أن يرجع إليه؛ لأنه يصير الكلام لغوا لا معنى له.

والجواب [**الثالث**](4): أن مذهب العرب أن لا يدخل الكلام عاملين لا في النصب، ولا في الرفع، ولا في الخفض(5)، فإذا كان كذلك؛ لم يجز

---

(١) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

(٢) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

(٣) ساقطة من الأصل.

(٤) في الأصل: الثاني.

(٥) قال القرطبي: «ويؤيد هذا من جهة الإعراب أن الخبرين إذا اختلفا في العامل؛ لم يكن نعتهما واحدا، فلا يجوز عند النحويين: مررت بنسائك وهربت من نساء زيد الظريفات، على أن تكون الظريفات نعتا لنسائك ونساء زيد، فكذلك الآية لا يجوز أن يكون «اللاتي» من نعتهما جميعا؛ لأن الخبرين مختلفان، ولكنه يجوز على معنى أعني». الجامع (٩٩/٣)
وقال ابن العربي: «اختلف الناس في ذلك عصر الصحابة، وكذلك أيضا اختلف أهل الإعراب في الآية، ودار الأمر بين الفقهاء والنحويين، وقد بينا ذلك في كتاب «الأحكام»، وفي رسالة «ملجأة المتفقهين إلى معرفة غوامض النحويين» الإشارة فيه إلى أن نعت=

أن يرجع الشرط إلى أمهات النساء؛ لأن النساء لفظ قد خفض بإضافة الأمهات إليه، فلا يجوز أن يصير مخفوضا بحرف الخفض الذي هو «مِن».

وأيضا فإن من جعل الدخول شرطا في الجميع؛ لم يدل نسق الكلام عليه، ولا يدل على أن آخر الكلام معطوف على أوله، لأن الله تعالى قال: ﴿وَأُمَّهَاتُ نِسَآئِكُمْ﴾، فتم به الكلام، واكتفى بنفسه من غير أن يستثني منه شيئا، ثم قال: ﴿وَرَبَائِبُكُمُ ٱلَّتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ﴾ صفة للربائب اللاتي هن في حجورنا من نسائنا، ثم قال: ﴿ٱلَّتِي دَخَلْتُم بِهِنَّ﴾، واللاتي هاهنا صفة لنسائنا، فالدخول شرط في نسائنا اللاتي منهن الربائب في حجورنا، فالتحريم هاهنا حاصل في الربائب بشرط أن يكون من نساء قد دخلنا بهن، وتقديره: «وحرمت عليكم ربائكم اللاتي في حجوركم من نساء قد دخلتم بهن».

= المعمولين المختلفي العامل كالعطف على معمول العاملين، ومن الجلي أن الصحابة ما اختلفوا في أن العقد على البنت يحرم الأم أم لا؛ إلا لاحتمال موقع العربية في ذلك واختلافه؛ فإن الصحابة بلغاء لسن، وفصحاء لد، فما كان ليخفى عليهم موقع الوضع العربي في النعت الذي يشترك فيه معمول عاملين، فلما اختلفوا؛ دل ذلك على أن الأمر واقع في العربية بالوجهين، فأفتى علي بأن لا يُحرِّم الأمَّ إلا دخولُ البنت، كما لا يحرم البنتَ باتفاق إلا دخولُ الأم، وأفتى بذلك ابن مسعود، ثم رحل إلى المدينة، فتذاكر المسألة مع علمائها، فقالوا له: إن العقد على البنت يحرم الأم خاصة، فرجع عن ذلك، ولم يرجع إليه لفصل من العربية استفاده، ولا لسبيل من اللغة كان جهلها فعرفها، وإنما كان ذلك لنكتة بديعة؛ وهي أن العربية كما قلنا محتملة للوجهين، فأخذ الصحابة بالأحوط في التحريم، وقد كانوا إذا تعارضت عندهم الأدلة، فجاء دليل تحريم ودليل تحليل؛ غلّبوا التحريم احتياطا، كما قالوا في الأختين بالملك باليمين: أحلتهما آية وحرمتهما آية، والتحريم أولى». القبس (١٤/٢١٤ ـ ٢١٥).

ثم لا يخلو أن تجعل: ﴿ٱلَّتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ﴾ صفة للفظ الأول من النساء المخفوض بالأمهات، وهو [قوله: وأمهات نسائكم، أو يجعل][١] صفة للنساء المخفوضات بِمِن، وهو قوله «من نسائكم»، (١٨٤) أو لهما جميعا، فإن جعلناه للأول؛ تجرد قوله في الربائب من شرط الدخول بأمهاتهن، وصار مبهما؛ لأن تقديره «ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم حسب»، وإن جعلنا قوله: ﴿ٱلَّتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ﴾ صفة للثاني وهو قوله «من نسائكم» وهو الصواب [لاقتران][٢] الصفة بالموصوف واللفظ به وارد؛ صار الأول من النساء المخفوض بإضافة الأمهات إليهن مبهما كما نقوله، وهو صحيح حتى لا نكون قد فصلنا بين الصفة والموصوف؛ لأنه لا يجوز أن يكون ﴿ٱلَّتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ﴾ صفة للأول قد حيل بينهم بقوله: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ﴾ ثم يكون ﴿ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ﴾ صفة للأول؛ **لأن الموصوف لا يحال بينه وبين الصفة التي هي له جملة.**

وقوله: ﴿وَرَبَٰٓئِبُكُمُ ٱلَّٰتِي فِي حُجُورِكُم مِّن نِّسَآئِكُمُ﴾ جملة تامة مكتفية بنفسها؛ لأن تقديره «وحرم عليكم ربائبكم اللاتي في حجوركم من نسائكم»، وإذا كان محالا أن يكون بين الموصوف وصفته ما هذا سبيله؛ بطل أن يكون قوله: ﴿ٱلَّٰتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ﴾ صفة للأول، وصار صفة للثاني المتصل به، ألا ترى أنه لا يجوز أن يقال: جاءني بناتهن العاقلات، فيكون العاقلات صفة للنساء، وإنما هو صفة للبنات؛ لأنه متصل بهن، ولو [حملناه][٣] [على

---

(١) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

(٢) طمس بالأصل، والمثبت من السياق.

(٣) في الأصل: حملنا.

النساء][1]؛ لكان تقديره: جاءني النساء العاقلات وبناتهن، فيخرج بناتهن من صفة العقل، ويكون قد فصلنا بين الصفة والموصوف بجملة تامة على ما ذكرناه، فلا بد على هذا التقدير من أن نكون قد حلنا بين الصفة والموصوف، ويصير الربائب من نساء قد تجردن من صفة الدخول كما ذكرنا في العاقلات، وإن جعلنا قوله: ﴿ٱلَّتِي دَخَلۡتُم بِهِنَّ﴾ صفة للأول والثاني؛ لم يستقم؛ لأنه يصير تقديره: «وحرم عليكم أمهات نسائكم وربائبكم من نسائكم العاقلات»؛ لأنه لا يمتنع أن يكون [ ][2] أمهات النساء المحمقات [ ][3] الربائب إذا كن من نساء عاقلات، ولهذا كرر اللفظ (١٨٥) [الثاني][4]، ولو أراد أن يكون على صفة واحدة؛ لقال «حرم عليكم أمهاتكم وأمهات نسائكم اللاتي دخلتم بهن وربائبكم منهن»، فلما كرر لفظ النساء؛ علم أنه أراد أن يكن في الأول على صفة مبهمات، والثاني على صفة الدخول بهن.

فإن قيل: إذا جعلناه لهما؛ كان صحيحا، ويصير تقديره: «وأمهات نساءكم اللاتي دخلتم بهن وربائبكم اللاتي في حجوركم منهن».

قيل: لو ورد بهذا اللفظ؛ كان صحيحا، ولكنه لم يرد إلا بتكرير لفظ النساء وبتأخير الصفة، فجعله للثاني صحيح لاتصال الصفة به، ولأنه يستفاد بتكرار لفظ النساء فائدة أخرى على ما قلنا في النساء المحمقات والعاقلات.

ولنا أن نقول: هو تحريم في الزوجية ورد بلفظ مبهم، فوجب أن يتعلق

(١) في الأصل: للنساء.
(٢) ممحو بالأصل بمقدار كلمتين.
(٣) كلمة لم أبينها.
(٤) طمس بالأصل.

بصفة النكاح دون الدخول، أصله زوجة الأب وحليلة الابن، لا خلاف أنهم يحرمن بالعقد، كذلك أمهات النساء.

ونقول أيضا: قد وجد العقد على البنت، فيجب أن يحرم العقد على الأم، دليله إذا كان قد دخل بالبنت.

فإن قيل: فإننا نقيسه على الربيبة بعلة أنه تحريم يثبت من جهة الزوجية، فوجب أن لا يثبت تحريمه إلا بعد الوطء.

قيل: هذا منتقض بزوجة الأب وحليلة الابن.

على أن قياسنا أولى؛ لأنه أحوط، ولأنه يستند إلى الظاهر المبهم، وبالله التوفيق.

فإن استدلوا بالظواهر في إباحة النكاح مثل قوله: ﴿وَأَنكِحُواْ ٱلۡأَيَٰمَىٰ مِنكُمۡ﴾[1] وبقوله: ﴿فَٱنكِحُواْ مَا طَابَ لَكُم﴾[2] و«لا نكاح إلا بولي»[3]، وما أشبه ذلك.

قيل: التحريم من قوله تعالى: ﴿وَأُمَّهَٰتُ نِسَآئِكُمۡ﴾ يقضي عليه.

فإن تكلموا على الآية بما حكيناه عنهم من شرط الدخول؛ أُورد عليهم ما ذكرناه. والله الموفق[4].

---

(١) سورة النور، الآية (٣٢).

(٢) سورة النساء، الآية (٣).

(٣) تقدم تخريجه (٥/٣٠٥).

(٤) هذا ما تيسر العثور عليه من كتاب الصلاة.

فهرس المسائل

الموضوع	الصفحة

كتاب الجهاد

الموضوع	الصفحة

كتاب النكاح

الموضوع	الصفحة

الموضوع	الصفحة

أسفار
لنشر نفيس الكتب والرسائل العلمية
دولة الكويت

❊ ما فكرة مشروع «أسفار»؟

أسفار: مشروع يُعنى بطباعة الكتب الشرعية؛ التي تهمُّ المختصين من طلبة العلم، **ويتميَّز بأنَّ مطبوعاته تُباع بسعر التكلفة** أو قريب منه؛ فهو مشروع خيري (غير ربحي).

❊ ما أهداف «أسفار» ؟

أسفار: مشروع يهدف لتحقيق غايات سامية؛ منها:

ـ طباعة الكتب التراثية المحققة في جميع الفنون الشرعية (القرآن، السنة، العقيدة، الفقه وأصوله، اللغة)، ونشر البحوث الشرعية الجادة لا سيما ذات الطابع التأصيلي، مع التركيز والعناية بانتقاء الرسائل العلمية (الدكتوراه والماجستير) التي حقها أن تنشر، وإشهار المصنفات المغمورة التي لم تطبع من قبل، مع توفير الكتب النافعة بأسعار مخفَّضة من غير أرباح تجارية، لتكون مدعومةً وفي متناول المتعلمين؛ تقرباً إلى الله بتيسير العلم على طالبيه.

❊ تمويل «أسفار»:

يرتكز تمويل أسفار على: التمويل المباشر من المحسنين، الذين نسأل الله أن يجزيهم خير الجزاء، ويجعل ما يقدمونه من مالٍ في موازين حسناتهم، وأن يجعل هذا المال المبذول منهم عملاً داخلاً في قوله ﷺ: «إذا مات ابن آدم انقطع عمله إلا من ثلاث ... أو علمٌ ينتفع به»، والكتب مصدر أصيل من مصادر العلم ورافد عظيم من روافد المعارف، وما عُبِدَ الله بعبادةٍ أعظم من العلم الشرعي.

❊ التواصل مع «أسفار»:

يمكن التواصل مع أسفار عن طريق وسائل التواصل التالية:

@sfaar16   s.faar16@gmail.com

قائمة إصدارات مشروع أسفار

١ ـ عمدة الطالب لنيل المآرب في الفقه على المذهب الأحمد الأمثل مذهب الإمام أحمد بن محمد بن حنبل، تأليف: العلامة منصور بن يونس بن إدريس البهوتي الحنبلي (ت ١٠٥١)، تحقيق: د. مطلق بن جاسر الجاسر. سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.

٢ ـ المنهج الصحيح في الجمع بين ما في المقنع والتنقيح، تأليف: العلامة شهاب الدين أبي العباس أحمد بن عبد الله العسكري الحنبلي (ت ٩١٠)، تحقيق: د. عبد الكريم بن محمد العميريني (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٧هـ، ٢٠١٦م.

٣ ـ شرح القصيدة التائية في القدر لشيخ الإسلام ابن تيمية، تأليف: العلامة نجم الدين أبي الربيع سليمان بن عبدالقوي الطوفي (ت ٧١٦)، مع تحقيق نص القصيدة التائية، تحقيق: د. محمد نور الإحسان بن علي يعقوب (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٤ ـ رسالتان في مسألة القولين (وهي مسألة أصولية مذهبية مشهورة):

أ ـ نصرة القولين للإمام الشافعي، تأليف: العلامة أبي العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص (ت ٣٣٥)، تحقيق: أ. د. جميل بن عبدالمحسن الخلف (بحث محكم).

ب ـ حقيقة القولين، تأليف: العلامة أبي حامد محمد بن محمد الغزالي (ت ٥٠٥)، تحقيق: د. مسلم بن محمد الدوسري (بحث محكم). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٥ ـ **إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام**، إملاء: الحافظ المجتهد تقي الدين محمد بن علي القشيري المعروف بابن دقيق العيد المالكي ثم الشافعي (ت ٧٠٢)، تحقيق: عبد المجيد بن خليل العَمري، إِمْهَا حسن آية الله، يونس الوالدي، أحمد عبد الرحمن حِيفو (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٨هـ، ٢٠١٧م.

٦ ـ **الحواشي السابغات على أخصر المختصرات**، تأليف الشيخ أحمد بن ناصر القعيمي، سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٧ ـ **بلغة الوصول إلى علم الأصول**، تأليف: عز الدين أحمد بن إبراهيم الكناني الحنبلي (ت٨٧٦)، تحقيق: محمد بن طارق بن علي الفوزان. سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٨ ـ **تحصين المآخذ**، تأليف: العلامة أبي حامد الغزالي (ت٥٠٥)، تحقيق: د. عبد الحميد بن عبد الله المجلي، د. محمد بن علي مسفر (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

٩ ـ **النكت في المختلف** (في الخلاف بين الشافعية والحنفية)، تأليف: العلامة أبي القاسم أحمد بن منصور السمعاني الشافعي (ت٥٣٤) ابن أبي المظفر السمعاني، تحقيق: د. حسن بن عون العرياني، د. عبد الله بن محمد المعتق (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

١٠ ـ **المسائل المولدات** (المشهور بفروع ابن الحداد)، تأليف: العلامة أبي بكر محمد بن أحمد الحداد الكناني المصري الشافعي (ت٣٤٤)، تحقيق: د. عبد الرحمن بن محمد الدارقي (رسالة علمية). سنة النشر: ١٤٣٩هـ، ٢٠١٨م.

١١ ـ **حواشي ابن نصر الله على الفروع لابن مفلح**، تأليف: محب الدين أحمد بن نصر الله التستري الحنبلي (ت ٨٤٤)، تحقيق: د. عبد الوهاب بن حميد، د. حسين بن حميد، د. ضيف الله الشهري (رسائل علمية). سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٨م.

١٢ ـ **البدرانية شرح المنظومة الفارضية، ويليه: كفاية المرتقي إلى معرفة فرائض الخرقي**، تأليف: عبد القادر بن أحمد بن بدران الدومي الحنبلي (ت ١٣٤٦)، تحقيق: سامح جابر الحداد، مراجعة: د. منصور بن عدنان العتيقي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٨م.

١٣ ـ **الممهد (شرح مختصر المدونة لابن أبي زيد القيرواني)**، تأليف: القاضي عبد الوهاب بن علي المالكي (ت ٤٢٢)، تحقيق: د. عبد المجيد خلادي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٤ ـ **المنتخب من المحصول**، تأليف: محمد بن عمر الرازي (ت ٦٠٦)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٥ ـ **غرر المحصول**، تأليف: عبد الله بن أبي منصور الواسطي البُرْزي (ت ٦٥٧)، تحقيق: عدنان العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٦ ـ **فصل المقال في هدايا العمال**، تأليف: تقي الدين علي بن عبد الكافي السبكي الشافعي (ت ٧٥٦)، تحقيق: أنور بن عوض العنزي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٧ ـ **الأوسط في أصول الفقه**، تأليف: أحمد بن علي بن برهان الشافعي (ت ٥١٨)، تحقيق: عدنان بن فهد العبيات. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٨ ـ **بغية أولي النهى**، تأليف: ابن العماد الحنبلي ت ١٠٨٩، تحقيق: عبد الله بن سعد الطُّخَيْس، كريم فؤاد محمد اللَّمْعي. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

١٩ ـ **مسائل الخلاف**، تأليف: القاضي الحسين بن علي الصَّيمري الحنفي ت ٤٣٦هـ، تحقيق: مقصد فكرت أوغلو كريموف. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

٢٠ ـ **تنقيح الفصول في علم الأصول**، تأليف: شهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، تحقيق: سعد بن عدنان الخضاري. سنة النشر: ١٤٤٠هـ، ٢٠١٩م.

٢١ ـ **المحصول في علم الأصول** (تعليقة على مستصفى الغزالي على رسم الفقهاء)، تأليف: محمد بن سعد الخواري (من فقهاء القرن السادس)، تحقيق: عدنان بن فهد العبيّات. سنة النشر: ١٤٤١هـ، ٢٠١٩م.